

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

RÉFORMES DU DIVORCE

LE DIVORCE

PAR CONSENTEMENT MUTUEL

ÉTUDE HISTORIQUE ET CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Mercredi 2 Juin 1909, à 2 h. 1/2.

PAR

VICTOR RUSSE

Président : M. TISSIER, professeur.
Suffragants { MM. MASSIGLI, professeur.
BARTIN, professeur.

PARIS

ÉMILE LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

11, rue Victor-Cousin, 11

1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

RÉFORMES DU DIVORCE

LE DIVORCE

PAR CONSENTEMENT MUTUEL

ÉTUDE HISTORIQUE ET CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Mercredi 2 Juin 1909, à 2 h. 1/2.

PAR

VICTOR RUSSE

Président : M. TISSIER, professeur

Suffragants { MM. MASSIGLI, professeur.
BARTIN, professeur.

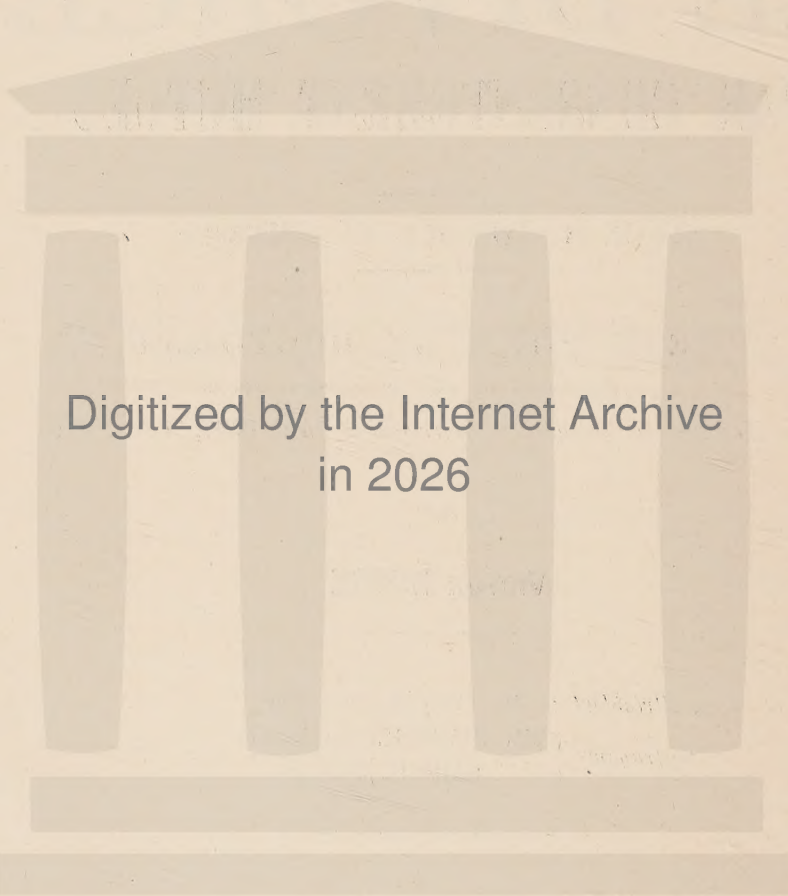
PARIS

ÉMILE LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

11, rue Victor-Cousin, 11

1909





Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- LEHR. — Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés.
- PLANIOL. — Traité de droit civil, t. 1, 5^e édition 1908.
- BARANOWSKI DE RAWIEZ. — Le divorce par consentement mutuel. Thèse de licence de l'Université de Lausanne, 1898.
- CAHN. — Le divorce et la législation talmudique, 1901.
- PAUL GIDE. — Etude sur la condition privée de la femme.
- GIRARD. — Manuel de droit romain.
- GLASSON. — Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, Paris, 1880.
- BRISAUD. — Cours d'histoire du droit français public et privé.
- COULON. — Le divorce par consentement mutuel, 1902.
- ESMEIN. — Le mariage en droit canonique.
- COLONDRE. — Le divorce par consentement mutuel. Thèse, Toulouse, 1904.
- LEFEBVRE. — Leçons d'histoire du droit matrimonial français.
- DAMAS. — Les origines du divorce en France, Thèse, Bordeaux, 1897.
- MALLET. — Le divorce durant la période du droit intermédiaire. Thèse, Paris, 1899.
- OLIVIER MARTIN. — La crise du mariage dans la législation intermédiaire. Thèse, Paris, 1901.

- SAGNAC. — La législation civile de la Révolution française.
Thèse de doctorat ès lettres, Paris, 1898.
- AMBROISE COLIN. — L'élargissement du divorce (Revue de Paris), 1^{er} octobre 1906.
- WEISS. — Traité de droit international privé.
- HITIER. — Le développement de la jurisprudence en matière de divorce depuis 1884. Annales de l'Université de Grenoble, 1894 et 1895.
- NAQUET. — La loi du divorce, 1903.
- NAQUET. — Vers l'union libre.
- ROGUIN. — Traité de droit civil comparé. Tome I^{er}. Le mariage. 1904.
- GEORGES LAURENT. — Le divorce par consentement mutuel. Thèse, Dijon, 1904.
- VALENSI. — L'application de la loi sur le divorce. Paris, 1905.
La réforme du divorce. Revue politique et parlementaire, 10 septembre 1907.
- ROL. — L'évolution du divorce, Paris 1905 (préface du docteur Toulouse).
- MORIZOT THIBAUT. — La femme et le divorce. Réforme sociale, 1901, tome II.
- PAUL ET VICTOR MARGUERITTE. — Les deux vies, roman.
— Mariage et divorce « Revue », n° du 1^{er} décembre 1900.
— Le mariage libre « Revue » du 1^{er} mars 1901.
— L'élargissement du divorce 1902.
— Quelques idées, 1905.
- ALBERT TISSIER. — Rapport sur l'extension des causes de divorce (Bulletin de la société d'études législatives), 1906, pages 117, 180, 239.
- GAILLARD. — La condition des femmes dans la législation des Etats-Unis. Thèse, Paris, 1899.
- CH. LEFEBVRE. — Le mariage civil n'est-il qu'un contrat (Nouvelle revue historique), 1902.
- DÉPINAY. — Le divorce, conséquences des modifications projetées, 1903.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET CHAUVÉAU. — Traité théorique et pratique de droit civil. Tome III.

H. JOLY. — La population et le divorce, réforme sociale, août 1908.

LOCRÉ. — Travaux préparatoires du Code civil.

FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. 1836.

Moniteur et Officiel. — Documents législatifs. Discussions. Rapports.

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

LE DIVORCE DANS LES SOCIÉTÉS PRIMITIVES ET EN DROIT ROMAIN

I. — Le divorce par consentement mutuel est celui qui est prononcé uniquement parce que les deux époux sont d'accord pour le demander. Par l'accord des conjoints, le mariage des époux aboutit à une séparation fondée sur leur volonté réciproque (1).

Ce divorce a été connu dès l'antiquité la plus lointaine. Il existait déjà dans l'Inde où, parmi

1. Planiol, *Traité de droit civil*, t. I, 5^e édition 1908, n° 1151.

les formes de dissolution de mariage, une des plus usitées consistait dans le fait, de la part du mari, de briser avec le consentement de sa femme le collier de celle-ci en lui remettant une lettre de répudiation (1). Dans les législations les plus anciennes, telles que celle de la Chine, le divorce par consentement mutuel était déjà accepté et de nos jours, la législation cochinchinoise prévoit expressément cette cause de divorce (2). Une disposition analogue se retrouve dans le code annamite, qui a été traduit en 1865 par M. Aubaret et en 1875 par M. Philaste (3). Les Hébreux eux-mêmes n'ont pas été hostiles à ce mode de dissolution du mariage. D'après Gerson Beh Gehouda, un des rédacteurs de la *Mischna* (recueil des lois écrites, orales et coutumières des Juifs) en vue d'assimiler le droit de la femme à celui du mari, il est ordonné que, comme le mari doit consentir à renvoyer sa femme, celle-ci doit également y donner son assentiment (4).

Ce n'était pas seulement dans les sociétés asiatiques, ce fut aussi dans la civilisation grecque que le divorce par consentement mutuel fut pra-

1. De Rawiez, *Le divorce par consentement mutuel*, Paris et Lausanne, 1898.

2. Cf. *Le Bulletin de la législ. comparée*, année 1881-1882, p. 170.

3. Cf. Lehr, *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*, 1899, n° 85.

4. Cahn, *Le divorce et la législation talmudique*, Paris, 1901.

tiqué. Primitivement, le mari avait seul le droit de répudiation, laquelle s'opérait par la simple remise d'une lettre de divorce à l'épouse ; plus tard, la femme eut également ce droit : elle quittait le domicile conjugal et devant l'archonte faisait une déclaration de sa volonté de divorcer. Avec de telles facilités le divorce devint à Athènes d'un usage journalier (1).

II. — LE DIVORCE EN DROIT ROMAIN

Mais l'institution ne peut être étudiée avec fruit que dans la civilisation romaine, faute de documents suffisamment probants pour les législations antérieures. A Rome, le mariage n'était pas indissoluble : au début, la famille ressemblant à une sorte de corporation placée sous la dépendance du chef, la femme ne compte pour rien, et dans le mariage *cum manu*, qui est le seul usité pendant les premiers siècles de Rome, elle tombe sous la puissance ou *manus* de son mari si celui-ci est chef de famille (*pater familias*). Dans cette première conception, le mariage correspond à l'absorption complète de la person-

1. Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, 1880, p. 151 ; Paul Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, éd. 1867, p. 91.

nalité de la femme par celle du mari. Dans le mariage *cum manu*, la femme subit une *capitis deminutio* et elle passe *loco filiae* sous la puissance de son mari qui acquiert tous les pouvoirs sur elle. La conception de l'union conjugale, c'est que la dissolution du mariage ne peut s'effectuer logiquement que par la répudiation matrimoniale, laquelle se rattache à l'autorité domestique du *pater familias*.

Mais à l'époque primitive, si la femme pouvait être répudiée par le mari, on ne connut ni la répudiation du mari par sa femme ni le divorce par consentement mutuel. Seulement à côté de l'ancienne forme du mariage *cum manu*, se développa bientôt le mariage *sine manu*, autre forme d'union conjugale, dans laquelle la femme ne tombait plus sous la puissance de son mari et qui se concluait par l'accord des volontés établissant la vie commune (1). La femme, conservant alors son indépendance propre, et n'étant plus placée sous la puissance étroite de son mari, put désormais, comme celui-ci, prendre l'initiative de la dissolution du mariage. Elle pouvait, si elle était *sui juris* s'en aller de son côté (*divertere* ou *divortere*, divorcer). Si elle était

1. Girard, *Manuel de droit romain*, 4^e édition, 1906, p. 160.

alieni juris, son chef de famille avait en vertu de sa *patria potestas* le droit de la ramener dans sa propre maison. C'était une application de la loi du parallélisme, loi qui règle de la même manière le mode de création d'un droit et son mode d'extinction et qui domine toute l'histoire romaine. Le mariage se dissolvait par un mode analogue, mais inverse à celui de sa formation. Conclu par le consentement, il exigeait pour sa continuation la persistance des éléments qui avaient été requis pour sa perfection. Le mariage cessait dès qu'il n'y avait plus chez les conjoints volonté d'habiter ensemble. Toute stipulation restreignant la liberté du divorce était d'ailleurs nulle de plein droit (Loi II, code, liv. 8, tit. 35). *De inutilibus stipulationibus*).

Dès la fin de la République, le divorce par consentement mutuel était le mode de divorce le plus usité (*Divortium communi consensu*). Il était possible par le simple accord des volontés sans observation d'aucune forme, sans intervention d'aucune autorité, ni civile, ni religieuse (1). Il paraît certain que les lois d'Auguste, spécialement la loi Julia *de adulteriis*, n'étaient nullement destinées à limiter la faculté de divorcer

1. Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*, 2^e édition, Paris, 1880, p. 270.

communi consensu et ne visait que la rupture unilatérale du mariage (1). La loi Julia *de adulteriis* n'eut pas d'autre portée que de notifier la répudiation devant sept témoins, pour faciliter la preuve de la rupture unilatérale du mariage. Mais, même relativement à cet objet restreint, elle est demeurée étrangère au divorce *communi consensu*. Le mariage est considéré à Rome comme un acte privé dont l'Etat se désintéresse.

Plus tard, à la suite de l'extension de la puissance romaine, les mœurs des pays conquis, notamment de l'Orient et de la Grèce, pénétrèrent dans la société romaine et exercèrent sur celle-ci une influence corruptrice. L'autorité du père de famille s'affaiblit, la famille perd sa pureté primitive ; dès la fin de la République les divorces se multiplient avec une rapidité inquiétante : l'austère Caton lui-même répudie son épouse Marcia, alors enceinte, pour la céder à son ami Hortentius et il la reprend à la mort de ce dernier (2). Cicéron, déjà parvenu à un âge avancé, congédie cependant sa femme Térentia, pour épouser une jeune fille dont la dot considérable lui sert à payer ses dettes (3). Plutarque rapporte que Sylla, au cours d'une

1. Girard, *Manuel*, p. 161.

2. Plutarque, *Vie de Caton*, n° 52.

3. Plutarque, *Vie de Cicéron*, n° 28.

fête donnée en l'honneur d'Hercule, se hâte de répudier sa cinquième femme tombée subitement malade et d'éviter que les préparatifs d'un deuil ne viennent troubler la joie générale (1). Ce fut alors qu'intervinrent les célèbres lois Caducaires : la loi Julia *de maritandis ordinibus* de 736 et la loi Pappia Poppaea de 757. Elles entourèrent la répudiation d'une plus grande publicité et frappèrent de certaines déchéances successorales les personnes vivant dans le célibat. En outre Auguste créa le *judicium de moribus*, action pénale fondée sur l'injure, donnée au mari dont le divorce a été provoqué par la mauvaise conduite de la femme ; celle-ci perdait alors une partie de sa dot (2).

Cependant ces lois ne diminuèrent pas le nombre des divorces, les Romains se mariaient à la légère et souvent avant de divorcer s'assuraient une nouvelle union : « Rome et l'Italie tombent sous l'empire au plus bas échelon de la dépravation morale : la débauche, impudemment étalée à la cour et dans la haute société, la famille en lambeaux, le célibat en honneur, la prostitution triomphante, tel est le tableau de la société romaine à cette époque » (3).

1. Plutarque, *Vie de Sylla*.

2. Girard, p. 957.

3. Marquardt, *La vie privée des Romains*, extrait du *Manuel*

Montaigne a pu dire : « Ce qui tint à Rome si longtemps à honneur et sûreté les mariages fut la liberté de les rompre qui voudrait. Ils gardaient mieux leurs femmes d'autant qu'ils les pouvaient perdre et en pleine licence du divorce, il passa cinq cents ans et plus, avant que personne s'en servit ». Mais cette appréciation ne concerne que l'époque antérieure à la fin de la République où régnaient dans les familles des mœurs sévères, où s'appliquait la célèbre définition de l'union conjugale : *Nuptice sunt conjunctio mari et femine et consortium omnis vitæ continens, divini et humani juris communicatio* (1). Dès le début de l'Empire, les divorces sont d'une facilité extrême et Sénèque raconte que les femmes ne comptaient plus les années par le nombre des consuls, mais par le nombre de leurs maris (2).

Sous l'influence de l'Eglise, une autre idée s'introduit : celle de l'indissolubilité du mariage. Tant qu'elle ne se sentit pas maîtresse de la société civile, l'Eglise ne lutta qu'avec de grands ménagements contre le divorce. La première mesure

des antiquités romaines, de Mommsen et Marquardt, 2 vol., Paris, 1892-1893, p. 94-95, t. I.

1. Modestin, loi 1, Dig., *De ritu nuptiarum*, liv. 23, tit. 2.

2. Sénèque, *De beneficiis*, liv. III, n° 16 ; Cf. Juvénal, Satire VI, vers 144.

dirigée contre ce mode de dissolution du mariage fut la constitution de Constantin, de 331 après Jésus-Christ. Bien qu'étant chrétien, cet empereur n'accepte point le principe de l'Evangile sur l'indissolubilité du mariage ; « le monde temporel ne saurait être gouverné par les mêmes moyens qu'une société de spiritualistes dévoués ; ... L'Eglise elle-même paraissait disposée à faire provisoirement la part de la faiblesse contemporaine et à ne pas tirer toutes les conséquences de la loi chrétienne » (1).

Par suite, Constantin se borne à infliger des châtiments plus sévères à l'époux qui répudie l'autre sans juste cause ; Théodose II et Valentinien III, le premier en 421, le second en 449, se bornent à énumérer les causes pour lesquelles le divorce sera permis, à prononcer des peines pécuniaires contre l'inobservation des règles légales.

Plus tard, Justinien procède à la réforme de toute la législation antérieure sur ce point. Dans les nouvelles 122 et 127, il admet la répudiation pour cause déterminée ; le divorce par consentement mutuel est d'abord laissé par Justinien sous l'empire de la réglementation antérieure :

1. Troplong, *Influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, p. 218 et 221.

Cet empereur admet que la volonté mutuelle opère valablement la rupture d'une union à laquelle les parties sont décidées à renoncer (Novelles 122 et 127). Cependant par la suite, Justinien dans les nouvelles 117, chapitre X et 134, chapitre XI, restreignit le divorce par consentement mutuel au seul cas où les époux feraient vœu de chasteté et ceux-ci sont punis en cas de nouveau mariage de la confiscation de leurs biens (1). Mais cette réforme heurta l'opinion publique et, par la nouvelle 140, Justin II, successeur de Justinien, rétablit le divorce par consentement mutuel tel qu'il existait dans le droit antérieur. Il se déclare impuissant à restreindre le divorce amiable et il constate qu'il est préférable de rendre leur liberté à un homme et à une femme qui, divisés par un dégoût et une haine insurmontables, et se heurtant aux prohibitions légales, ont recours, pour se délivrer d'un joug odieux, au poison et aux autres moyens mortels.

Cette historique du divorce à Rome montre que la facilité de rompre l'union conjugale ne fut une cause de désordre que dans la période de transition où l'autorité du père de famille perdit son ancien caractère absolu devant l'in-

1. Cf. Glasson, *loc. cit.*, p. 205.

fluence de l'Etat. Le divorce par consentement mutuel était à Rome une conséquence logique du caractère contractuel reconnu au mariage, qui, dans la civilisation romaine, tout au moins quand il avait lieu *sine manu*, était un simple état de fait, le fait de la cohabitation, et ne donnait lieu à aucune intervention de l'autorité publique : les époux ne se conviennent plus, ils se quittent simplement. De même que la formation du mariage était libre, se produisait indépendamment de toute réglementation sociale (tout au moins dans le mariage *sine manu*), de même la volonté concordante des parties opérait logiquement sa dissolution.

III. — LE DIVORCE DANS LES COUTUMES GERMANIQUES

Si, du droit romain, on passe aux coutumes germaniques, on constate que le mariage y est l'objet d'une conception toute différente. En effet, conformément à la tradition de tous les peuples de race aryenne, le droit germanique considéra d'abord le mariage comme un achat. Le mari achète la personne même de sa femme, moyennant le paiement d'un *pretium nuptiale* aux parents de celle-ci et, par suite, il acquiert

sur elle un véritable droit de propriété. Dès lors, il a seul le droit de répudiation, à l'exclusion de la femme (1). Mais le renvoi non justifié de l'épouse expose le mari à la vengeance des parents de la femme délaissée (2). Les parents de la femme peuvent poursuivre le mari et exiger de lui, par la voie des armes, une *cōpositio*. La loi des Wisigoths et celle des Burgondes prononcent même une amende contre le mari qui aurait répudié sa femme en l'absence des motifs d'usage. La protection de l'épouse releva bientôt ses droits. L'influence romaine s'y joignit et le divorce par consentement mutuel reparut. Selon la *lex Burgundiorum*, « *consensu utriusque partis repudium dari et matrimonium posse dissolvi* » (Titre 21, ch. I^{er}). La loi des Alamans admettait aussi le divorce par consentement mutuel sans condition (3).

Bien que la loi salique et la loi ripuaire ne contiennent aucune allusion au divorce, les formulaires de Marculfe, de Sirmond prouvent que le divorce par consentement mutuel était connu et pratiqué par les Francs-saliens et ripuaires. « Il semble, écrit M. Glasson, que les autres bar-

1. Tacite, *Germanie*, ch. 12.

2. Cf. Brissaud, *Cours d'histoire du droit français*, t. II, p. 1058, 1904.

3. Glasson, *op. cit.*, p. 185.

bares connaissaient aussi cette forme du divorce et qu'ils la conservèrent après leur conversion au christianisme ». Marculfe nous a rapporté une formule de divorce par consentement mutuel. « Attendu que des causes certaines et prouvées donnent lieu au divorce entre le mari et la femme et que ce n'est plus la charité chrétienne, mais la discorde qui règne entre les deux époux, ils ont crû devoir se séparer. A ces causes, ils sont convenus, par les présentes lettres, que chacun d'eux pourrait à sa volonté passer soit dans un monastère, soit dans les liens d'un nouveau mariage ». Comme ces formulaires étaient rédigés par des moines, il est logique d'en inférer que l'Eglise n'était pas opposée à cette forme de divorce (1).

L'histoire de cette époque fournit d'ailleurs des exemples de divorces célèbres : c'est ainsi que Charles Martel renvoie Gertrude pour épouser Alpaïde ; Charlemagne, après avoir quitté Himiltrude en 770 pour épouser Hermangarde, divorce de nouveau et se remarie avec Hildegarde en 771. Dans un de ses capitulaires, Charlemagne édicte qu'un mariage légitime « ne pourra être séparé, excepté pour cause

1. De Rozière, *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs*, formules 110, 111, 113 et surtout 112.

d'adultère, si ce n'est du consentement des parties, et cela pour le service de Dieu » (1). Il est vrai qu'une controverse existe en raison de la rédaction de la phrase finale et qu'on peut l'interpréter comme imposant à l'époux volontairement divorcé l'obligation d'entrer dans les ordres.

Il est possible d'ailleurs de trouver des traces du divorce par consentement mutuel déjà dans les anciennes coutumes scandinaves ; si l'on en croit M. Paul Gide, « le mariage, formé par le consentement des époux, pouvait se dissoudre de même dans ces pays ; la loi n'imposait d'autre condition au divorce par consentement mutuel que l'autorisation du clergé » (2). Il ne faudrait pas croire, d'ailleurs, que le divorce par consentement mutuel ait été chez les Germains l'indice d'un relâchement des mœurs. Il n'est pas au contraire de peuple qui ait été plus respectueux des droits de la femme, de la condition de l'épouse et de la mère. La femme germane, déclare Tacite, n'a qu'un mari, de même qu'elle n'a qu'un seul cœur et qu'une seule vie. « Unum accipiunt maritum pro modo unum corpus, unamque vitam », *Germanie*, Ch. 18.

1. Cité par Coulon, *Le divorce par consentement mutuel*, Paris, 1902, p. 25.

2. *Loc. cit.*, p. 237.

IV. — LE DIVORCE ET LES RELIGIONS

§ 1^{er}. — *Le divorce et l'église catholique*

Après la tradition romaine et la tradition germanique, il reste à voir quelle fut l'attitude de l'Eglise en présence du divorce par consentement mutuel. En droit canonique, une controverse assez vive règne sur la manière dont le divorce a été envisagé par l'Evangile. En principe, Jésus et les apôtres proclament l'indissolubilité du mariage : les époux doivent toujours être prêts à se pardonner le mal qu'ils se sont fait : la doctrine chrétienne les oblige à ne jamais se séparer sans esprit de retour. Faut-il en conclure que le divorce soit absolument condamné par le dogme évangélique ? La difficulté provient de l'interprétation à donner à un texte célèbre, le passage de saint Mathieu, V, 31 et 32 : « Dictum est totum : quicumque dimiserit uxorem suam det ei libellum repudii. Ego autem dico vobis quia omnis qui dimiserit uxorem suam, *excepta fornicationis causa*, facit eam moechari, et qui dimissam duxerit, adulterat » (Cf. du même, XIX, 6 et sq.). « Quod Deus conjunxit, homo non separet : quoniam moyses

adduritiâ cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras, ab initio autem non fuit sic dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem et aliam duxerit, moechatur ».

Il semble ressortir de ces deux textes que l'Evangile de saint Mathieu admet le divorce dans une seule hypothèse, en cas d'adultère de la femme. Cependant, une autre opinion soutient que, pour la majorité des Pères de l'Eglise, le divorce est interdit même dans cette hypothèse. Tel était l'avis de saint Marc et de saint Luc : le mari doit reprendre la femme qui se repent de sa faute. Si l'Eglise d'Orient a conservé le divorce, elle ne l'a pas moins considéré comme un mal nécessaire (1). En tous cas, il est certain que l'idée d'indissolubilité du lien matrimonial fut de plus en plus considérée comme la seule doctrine exacte de l'Eglise chrétienne, et elle fut définitivement confirmée par le concile de Trente (1545-1563). De bonne heure, l'Eglise s'était assuré le droit de juridiction en matière de mariage ; or, elle fit prévaloir la règle que, le mariage étant un sacrement, l'union de l'homme et de la femme est

1. Cf. Jovanovic, *Bulletin de la soc. de légis. comparée*, 1885,

incompatible avec le divorce. A plusieurs reprises, l'Eglise trouva l'occasion d'affirmer énergiquement ce principe : lors de la répudiation d'Isemburge par Philippe-Auguste en 1184, le pape Innocent prend la défense de la malheureuse reine, il prononce même l'excommunication contre le roi de France ; c'est la prohibition absolue du divorce, le seul palliatif aux malheurs conjugaux étant désormais la séparation de corps ou séparation *quoad torum et mensam*, qui est prononcée par les tribunaux ecclésiastiques dans des cas déterminés (adultère de la femme, sévice grave de la part du mari). Cette séparation permise soit pour un temps déterminé, soit à perpétuité, est désormais l'unique remède aux difficultés qui se produisent dans le mariage *ratum et consummatum*, c'est-à-dire contracté suivant les formes prévues par les règles de l'Eglise et consommé par l'union sexuelle effective.

Quel fut le rôle du consentement mutuel des époux dans le *divortium quoad torum et mensam* ou séparation de corps ? La volonté réciproque des époux joua ici un rôle considérable, car la séparation, libre, privée, par consentement mutuel, en dehors de toute intervention des tribunaux ecclésiastiques, était permise en droit canoni-

que (1). Cette séparation réalisait ainsi le vœu de continence formé par les deux époux simultanément, ou par l'un d'eux avec le consentement de l'autre ; elle se réalisait *quoad torum* ou *quoad habitationem*. Cette institution ne peut s'expliquer que par la prédominance des doctrines d'ascétisme et de chasteté absolue, qui caractérisent l'enseignement donné par les Pères de l'Eglise. « Mettons la main à la cognée et coupons par ses racines l'arbre stérile du mariage, écrit saint Jérôme ; Dieu avait bien permis les mariages au commencement du monde, mais Jésus-Christ et Marie ont consacré la virginité » (2).

D'ailleurs, le droit canonique n'a pas admis seulement la séparation de corps par consentement mutuel, il a accepté aussi la séparation pour causes déterminées après enquête et jugement des tribunaux ecclésiastiques (les principales causes reconnues sont l'adultère, l'apostasie, les crimes, excès, sévices, les maladies incurables, le refus injustifié du devoir conjugal, la vie débauchée, l'abandon malicieux) ; la connivence des époux est de nature à laisser présumer facilement l'existence d'une cause

1. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, p. 88, t. I, 1891.

2. St Jérôme, *Epître 22 ad Eustochium*, t. 1, p. 144.

déterminée, d'autant plus que l'aveu du défendeur coupable suffit à en réaliser la preuve. Avec cette conception facile de la preuve, la séparation par consentement mutuel s'obtient aisément dans l'ancien droit. Ainsi, si le mariage était considéré par le droit canonique comme indissoluble, il était accepté cependant par tous que le lien conjugal pouvait être relâché en vertu du consentement mutuel des époux.

§ 2. — *Le divorce et la doctrine protestante*

C'est avec les mêmes caractères d'indissolubilité que le mariage est envisagé par la doctrine protestante. Sans doute quelques auteurs admettent que, en parlant de la répudiation pour cause d'adultère, le Christ n'a pas entendu limiter étroitement la faculté de recourir au divorce ; or, n'ayant rien dit du divorce par consentement mutuel, non plus que du divorce pour cause déterminée par la loi civile, il n'a entendu prohiber ni l'un ni l'autre (1). Mais, malgré ces dissidences, il est certain que la religion protestante rejette l'institution du divorce. Pour les protestants comme pour les catholiques, l'indissolubilité matrimoniale est la règle, et c'est seu-

1. Glasson, *loc. cit.*, p. 224.

lement à titre d'exception que le divorce est autorisé. C'est alors un divorce *a vinculo*, un divorce complet qui ne peut être prononcé que par jugement et pour des causes déterminées, dont sont exclues la folie et les maladies incurables. Quant au divorce par consentement mutuel, il est en général défendu (1).

§ 3. — *Le divorce et la religion juive*

Il est intéressant de noter que, à l'inverse du dogme protestant et du dogme catholique, le *Talmud* consacre d'une manière très large le divorce et notamment le divorce par consentement mutuel. C'est en vertu d'une décision d'un concile tenu à Worms que le rabbin Gerschom prononçait en 1040 l'excommunication contre celui qui répudierait sa femme innocente sans le consentement de celle-ci (2). Le droit juif admet en définitive trois sortes de divorces : un divorce correspondant aux nullités du droit canonique lorsque les empêchements dirimants au mariage ont été violés ; le divorce pour causes détermi-

1. Cf. de Rawiez, *Le divorce par consentement mutuel*, thèse de licence, Lausanne, 1898, p. 43 à 47 et Colondre ; *Le divorce par consentement mutuel*, thèse Toulouse, 1904, p. 96.

2. Colondre, p. 98 et Maurice Cahn, *op. cit.*

nées, qui sont l'adultère, la stérilité, les défauts physiques et moraux (1); et le divorce par consentement mutuel qui est à peu près le seul utilisé par les juifs à l'époque contemporaine. M. Lehr mentionne dans son ouvrage (*Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*, n° 219) qu'en Autriche où le divorce est autorisé entre les non-catholiques, spécialement pour aversion insurmontable, la statistique constate que, sur 110 divorces prononcés en 1893 entre époux israélites, 108 ont été obtenus par consentement mutuel.

§ 4. — *Le divorce et la religion mahométane*

Dans la religion mahométane, le divorce par consentement mutuel est absolument libre, il s'opère au moyen d'une répudiation dont la femme paie le prix à son mari; généralement, la déclaration de divorce est faite au cadi et devant témoins par les parties intéressées (2).

Mais, abstraction faite de ces religions, le dogme essentiel de la religion chrétienne est l'indissolubilité du mariage (3).

1. *Code civil du judaïsme*, traduit par Jean de Pavly, Paris, 1896, n° 431.

2. Colondre, p. 97.

3. Cf. M. Lefebvre, *Introduction au cours d'histoire du droit matrimonial français*, 1899, p. 463.

CHAPITRE II

MOUVEMENT PHILOSOPHIQUE AU XVIII^e SIÈCLE

Au XVIII^e siècle, le mouvement philosophique se montre favorable, au contraire, à l'admission du divorce. Toutes les institutions sociales sont en effet soumises alors à une critique sévère, soucieuse de débarrasser les esprits de l'obscurantisme catholique et monarchique dans lequel on voit la cause de tous les maux qui affligent la société. Les philosophes s'inspirent de la notion, d'ailleurs assez vague, de droit naturel, qui leur apparaît comme l'âge d'or, l'idéal au nom duquel les institutions contraires à la liberté ou à la justice doivent être renversées : « Pour les philosophes français, écrit M. Sagnac, c'est un âge d'or où la justice régnait sur la terre, où la liberté, la pitié, où la fraternité réunissaient les hommes dans une même famille et l'homme actuel, corrompu par les institutions

sociales n'aurait plus qu'à retourner à cet état naturel pour atteindre au bonheur qu'il cherche et qui le fuit : à l'homme social devenu mauvais, il faut substituer l'homme naturel essentiellement bon » (1).

Parmi les partisans du divorce, on peut compter Milton (*The Doctrine and Discipline of Divoree*, 1645) et Locke en Angleterre, Puffendorf en Allemagne (*De jure naturæ et gentium*, 1672); Quevedo en Espagne, Grotius en Hollande. En France, les philosophes qui préconisent le divorce comme un moyen de faciliter l'union des personnes d'après leurs affinités naturelles, en brisant le joug imposé aux époux malheureux et en leur facilitant un mariage mieux assorti, sont Montesquieu, Voltaire, Helvetius, Diderot, Rousseau et d'Alembert. Pour eux, le mariage est un contrat naturel soumis aux principes généraux du droit et qui doit être rompu s'il est contraire aux intérêts de ceux qui y ont consenti. Dans ses *Lettres persanes*, Montesquieu se prononce nettement en faveur du divorce : « Dans une action aussi libre, et où le cœur doit avoir tant de place, on mit la gêne, la nécessité, et la fatalité du destin même » (lettre

2. Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*, thèse de doctorat ès lettres, Paris, 1898, p. 22.

116) et, dans *l'Esprit des Lois*, il n'hésite pas à affirmer que « si le divorce est conforme à la nature, il ne l'est que lorsque les deux parties, ou au moins l'une d'elles, y consentent » (1). On ne saurait admettre plus nettement le principe du divorce par consentement mutuel. A l'article Mariage, de la *Grande Encyclopédie*, une protestation très caractéristique s'élève contre l'indissolubilité du mariage : « Quoique les besoins des enfants demandent que l'union conjugale de la femme et du mari dure encore plus longtemps que celle des autres animaux, il n'y a rien, ce me semble, dans la nature et dans le but de cette union qui demande que le mari et la femme soient obligés de demeurer ensemble toute leur vie, après avoir élevé leurs enfants et leur avoir laissé de quoi s'entretenir... Il n'y a rien qui empêche alors qu'on ait à l'égard du mariage la même liberté qu'on a en matière de toutes sortes de sociétés et de conventions, de sorte que, moyennant qu'on pourvoie d'une manière ou d'une autre à cette éducation, on peut régler d'un commun accord, comme on le juge à propos, la durée de l'union conjugale, soit dans l'indépendance de l'état de nature, soit lorsque les lois civiles sous lesquelles on vit n'ont rien

1. Montesquieu, *L'esprit des lois*, 16, 3.

déterminé ». Helvétius s'élève aussi contre le mariage perpétuel et préfère l'union temporaire comme plus propre à assurer le bonheur des époux. « Il est des nations, écrit-il, où l'amant et la maîtresse ne s'épousent qu'après trois ans d'habitation. Ils essaient, pendant ce temps-là, la sympathie de leurs caractères. Ne se conviennent-ils pas, ils se séparent et la femme passe en d'autres mains. Ces mariages sont les plus propres à assurer le bonheur des conjoints... Pourquoi les priver du plaisir du changement, si, d'ailleurs, leur inconstance, par des lois sages, n'est pas nuisible à la société? » (1) La monogamie est flétrie également par Diderot : Pour lui, le mariage est une institution vieillie qui viole la liberté de l'homme et de la femme en les enchaînant perpétuellement l'un à l'autre. La meilleure conception matrimoniale lui semble celle dans laquelle les ménages auraient une durée obligatoire de trois mois, après lesquels il serait loisible aux époux de s'engager dans d'autres liens (2). D'Holbach estime qu'en droit naturel la loi est faite pour favoriser les désirs des hommes et non pas pour aller contre eux. Une législation plus équitable, plus conforme à

1. *De l'Homme, Ouvrage posthume*, publié à Londres, 1781.

2. *Supplément au voyage de Bougainville*.

la nature, devrait briser pour toujours des nœuds qui ne servent qu'à lier des malheureux. Dès que le mariage ne produit que des peines, la loi ne devrait-elle pas anéantir une société si contraire à son but et à son institution (1).

Ce ne sont pas seulement les philosophes, ce sont également les juristes qui adoptent cette nouvelle conception du mariage et sa dissolution possible par le divorce, même d'un mutuel consentement. C'est ainsi qu'au moment de l'ouverture des Etats Généraux, Loiseau déclare le divorce légitime et il en réclame l'adoption dans son livre *Les Etats provinciaux comparés avec les Administrations provinciales*. Cerfvol élabore, en 1769, un projet de loi sur la matière (2) où le divorce est réclamé « conformément aux lois de la primitive église, à l'usage actuel du royaume catholique de Pologne et à celui de tous les peuples de la terre qui existent ou ont existé, excepté nous », et encore, en 1771, une brochure intitulée : « Intérêt des femmes au rétablissement du divorce ».

En résumé, la conclusion à laquelle ont abouti les philosophes du xviii^e siècle sur notre sujet,

1. d'Holbach, *La morale universelle, ou les devoirs de l'homme fondés sur la nature*, section V, ch. I, année 1776.

2. *Législation du divorce*, 1769, Cf., *Le Cri d'un honnête homme*, du même, 1770.

c'est que le mariage ne saurait être indissoluble, c'est donc un système diamétralement opposé à celui qui avait été formulé par le concile de Trente (Indissolubilité absolue). Pour les adeptes du droit naturel, toutes les fois que le but recherché par le mariage ne pourra plus être atteint, soit par la faute des époux, soit par des circonstances extérieures, comme la folie, le divorce s'impose. Le mariage, de formation contractuelle, est susceptible aussi de dissolution contractuelle. Cette conception matrimoniale n'est d'ailleurs que le corollaire d'un système général et abstrait, la théorie du droit naturel, seul applicable désormais à l'organisation des sociétés.

CHAPITRE III

LE DIVORCE SOUS LA RÉVOLUTION ET AVANT LE CODE CIVIL

§ 1^{er}. — *Le divorce dans les législations européennes*

Ce sont incontestablement les idées philosophiques du XVIII^e siècle qui ont animé les auteurs de la loi française du 20 septembre 1792, comme aussi le projet de code civil de Frédéric le-Grand, roi de Prusse et le Landrecht ou code civil prussien de 1791 et aussi le code autrichien de 1787. Pour suivre l'ordre chronologique, inspiré d'ailleurs par une évolution sociale progressive, nous dirons d'abord quelques mots de ces dispositions législatives étrangères qui ont précédé les nôtres.

Frédéric-le-Grand, ami et protecteur de Voltaire, s'était inspiré des principes de la philosophie naturelle du XVIII^e siècle et en avait fait

l'application dans le projet de code civil rédigé en 1749 pour les Etats prussiens, ou *Corpus juris Fridericiani*, qui n'a jamais eu force de loi dans son entier en Allemagne, mais dont les chapitres relatifs au mariage et au divorce furent promulgués dans certaines parties du royaume, à la place d'anciennes ordonnances ecclésiastiques. La définition donnée, du mariage par ce projet, correspond à la notion d'une association contractuelle « le mariage est l'association de l'homme et de la femme dans l'intention de vivre en commun pour supporter ensemble le bonheur et les souffrances de la vie et surtout pour élever les enfants ». Il en résulte naturellement la dissolution du mariage par consentement mutuel. Le paragraphe 35 du titre III, livre II, 1^{re} partie s'exprime en effet ainsi : « *Consentement mutuel* ; il faut observer toutes les épreuves dans lesquelles l'intervention du juge s'exercera pour la réconciliation des époux. Si celle-ci ne peut aboutir, le juge est obligé d'ordonner pour un an une séparation de table et de lit. Si après un an la réconciliation n'a pu s'effectuer et que les deux parties persistent dans leur résolution, le divorce peut se réaliser ». D'ailleurs le juge n'a pas à examiner les motifs fournis par les époux et le consentement mutuel ne rencontre aucune limitation. Sous l'empire de cette législation, la

pratique du divorce amiable se généralisa dans les Etats Prussiens (1). Plus tard, les causes de dissolution du mariage furent réglées dans le royaume de Prusse par un édit du 17 novembre 1782. Le consentement mutuel fut restreint à l'hypothèse où les époux qui invoquaient ce motif n'avaient pas d'enfants.

De même, le code civil ou Landrecht prussien de 1791 reconnaît le divorce par consentement mutuel, mais il en réserve l'usage aux seuls ménages sans enfants (§ 716 à 718) (2).

C'est sous les mêmes influences philosophiques que fut rédigé le code autrichien promulgué en 1787, sous le nom de code Joséphin, dans les pays allemands de la monarchie. Ce projet est apprécié de la manière suivante par le *Dictionnaire philosophique* (v. Adultère, note) : « L'empereur François Joseph II vient de donner à ses peuples une nouvelle législation sur le mariage. Par cette législation, le mariage devient ce qu'il doit être, un simple contrat civil. Il a également autorisé le divorce sans exiger d'autres motifs que la volonté constante des époux : sur ces deux objets, plus importants qu'on ne le croit pour la morale et la postérité des Etats, il a donné un

1. Cf. Colondre, *thèse*, p. 114.

2. Glasson, *loc. cit.*, p. 368.

grand exemple qui sera suivi par les autres nations de l'Europe, quand elles commenceront à sentir qu'il n'est pas plus raisonnable de consulter sur la législation les théologiens que les danseurs de corde ». Le divorce n'est consacré d'ailleurs par le code Joséphin que pour les non-catholiques, et seulement dans le cas où les deux époux éprouvent réciproquement une aversion invincible que plusieurs tentatives de réconciliation et une séparation préalable n'ont pu apaiser.

Il faut noter que c'est encore en se fondant sur les idées philosophiques du XVIII^e siècle que la Suisse autorisa dans certaines régions de son territoire le divorce par consentement mutuel (Loi de 1804 pour le canton de Zurich).

§ 2. — *Le divorce en France. La législation intermédiaire*

Mais il convient de s'attacher surtout à l'évolution des idées et au mouvement législatif en France pendant la période intermédiaire. Il n'est certainement pas beaucoup de questions qui aient soulevé à l'époque plus de polémiques que celle du divorce. Dans les vingt dernières années de l'ancien régime, les plaidoyers en

faveur du divorce pullulent (1). Les auteurs emploient toutes les ressources de leur dialectique pour démontrer que le divorce n'est contraire ni au dogme catholique, ni à la législation française, positive, ni à l'équité, ni à l'utilité morale ou politique (2).

A côté de ces brochures, les journaux de la période révolutionnaire abondent en articles enthousiastes pour le divorce (3).

Mais si l'on constate cette unanimité à la fois dans les livres et dans la presse, ces vues répondaient-elles à la majorité de l'opinion dans le pays ? Il est permis d'en douter. En effet, parmi les cahiers des Etats Généraux, deux seulement émettent un vœu formel en faveur du divorce : le cahiers pour le Tiers Etat du district de l'Eglise des Théatins, à Paris et le Cahier des plaintes et doléances du Tiers-Etat de la prévôté de Fleury-Mérogis (4). Donc, au début de la Révo-

1. Cf. *Le Cri d'un honnête homme qui se croit fondé en droit naturel à répudier sa femme*, 1768.

2. *Le Cri d'une honnête femme ; Les observations sur le divorce*, par le comte d'Antraigues ; *L'Art de rendre les ménages heureux ; Les griefs et les plaintes des femmes mal mariées ; Les observations sur l'accord de la raison et de la religion pour le rétablissement du divorce*, par Bouchotte 1790 ; *Le sermon capucino-philosophique*, par M... ci-devant cordelier, 1791 ; *Le divorce nécessaire*, par Louvet.

3. Cf. *Le Spectateur national*, le *Moniteur universel*, la *Feuille du jour*, la *Gazette de Paris*, etc.

4. *Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. V, p. 316, art. 26

lution française, l'enseignement des philosophes n'avait pas encore conquis les masses, et les adeptes du divorce se rencontraient surtout dans les milieux mondains de Paris et dans les clubs, qui étaient portés à accepter avec facilité toutes les conceptions de nature à heurter les bases de l'ancien régime. Bref, la dissolution de l'Assemblée Nationale survint le 30 septembre 1791 sans qu'aucune disposition législative relative au divorce ait été votée.

Mais l'idée du divorce devait accomplir bientôt de sérieux progrès, ces progrès lui sont facilités par la déclaration contenue dans la Constitution du 3 septembre 1791 : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil » (Tit. II, art. 7). Le corollaire qui découle logiquement de cette idée est que le mariage, comme tout contrat, peut être brisé par la volonté de ceux qui l'ont formé. La constitution de 1791 supprimait donc tout obstacle à l'adoption du divorce par consentement mutuel. Avant même que celui-ci eut été adopté comme règle par une loi positive, les tribunaux en consacrèrent l'application. Comme le remarque très bien M. Damas (1), « si

(*Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. IV, p. 549, colonne 1).

1. *Les origines du divorce en France*, thèse, Bordeaux, 1897, p. 101.

l'on se souvient que le dogme catholique est le seul à proscrire le divorce, ne va-t-on pas tirer immédiatement de cette théorie une conséquence, savoir, que la législation civile n'étant plus asservie à une confession religieuse, va pouvoir ressaisir dans toute son étendue son droit de réglementation du mariage et en permettre la dissolution par le divorce » ? Et en effet, l'influence religieuse et le principe de l'indissolubilité disparaissant, la pratique admit sans difficulté qu'une séparation amiable pouvait mettre fin au mariage. Il arriva que des citoyens se présentèrent devant des juges de paix, voire même devant des officiers ministériels comme les notaires, pour divorcer en s'appuyant sur la circonstance que leur mariage, ayant été célébré conformément à la religion, n'avait aucune valeur d'après la constitution de 1791 (1).

Il est intéressant de relater le fait suivant, qui est cité par le *Journal des Débats* pour l'année 1792 (2). « Un maire du département de l'Eure, déjà séparé d'avec sa femme, a crû pouvoir faire un pas de plus et vient de signer avec elle l'acte

1. Cf. Mallet, *Le divorce durant la période du droit intermédiaire*, thèse, Paris, 1899, p. 48.

2. Damas, thèse, p. 104 ; Olivier Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*, thèse, Paris, 1901, p. 79.

de divorce. Il ne s'en est pas tenu là et le voilà partageant sa couche avec une autre épouse. Un cousin à la mode de Bretagne voulut former opposition à ce nouveau mariage, les tribunaux non seulement levèrent l'opposition, mais encore condamnèrent à 3.000 livres d'amende le cousin à la mode de Bretagne pour lui apprendre à se mêler des affaires d'autrui ». Ces faits sont confirmés d'abord par la déclaration émanant du député Guadet lors d'une des premières discussions qui précédèrent la loi du 20 septembre 1792 ; d'après lui, le principe du divorce étant implicitement contenu dans la Constitution, certains tribunaux l'avaient déjà appliqué et il rapportait lui-même avoir été témoin d'un divorce dans sa famille (1). De même cette pratique est attestée par le préambule du décret du 20 septembre 1792 : « Considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eut réglé le mode et les effets du divorce... » D'ailleurs, pour couper court à toute difficulté ces divorces avant la lettre furent confirmés par le décret du 4 floréal an II, art. 8.

1. *Archives parlementaires*, p. XLIX, p. 448, séance du 30 août 1792.

Il résulte de là que, dans sa manifestation première au début de la Révolution, le divorce avait pris la forme du divorce par consentement mutuel et c'est en effet sous cet aspect qu'il a été considéré comme intangible pendant toute la période révolutionnaire. Les partisans du divorce menèrent d'ailleurs vivement la campagne à l'Assemblée législative. Dès le 13 février 1792, cette Assemblée renvoyait à son comité de législation une pétition de plusieurs citoyens de Paris demandant à l'Assemblée des lois provisoires sur le divorce. Le 17 février, un député propose de voter une mention honorable au livre de Hen-net (*Du divorce*), dont l'auteur venait de faire hommage à l'Assemblée. Le même honneur est décrété en faveur du livre de Demati (1).

Le 20 août 1792 l'Assemblée met de nouveau en demeure son comité de lui présenter dans les trois jours un rapport sur le divorce, faute de quoi tout membre serait autorisé à présenter un projet de décret. Le 30 août, le rapport n'ayant pas encore été déposé, Aubert-Dubayet prononça un discours où il réclamait à brève échéance une réglementation de la question du divorce, s'inspirant avant tout de l'intérêt des femmes : « Il semble, disait-il, que jusqu'à ce

1. *Le divorce et le célibat*, 1792.

moment les femmes aient échappé à l'attention du législateur. Les verrons-nous plus longtemps victimes du despotisme des pères et de la perfidie des maris, les verrons-nous plus longtemps sacrifiées à la vanité ou à l'avarice ? Non, Messieurs, nous voulons que toutes les unions reposent sur le bonheur, et nous parviendrons à ce but en déclarant que le divorce est permis » (1). Ce fut après ce discours que fut votée par l'Assemblée une déclaration portant que « le mariage est un contrat dissoluble par le divorce » (2).

L'Assemblée législative chargea son comité de législation d'élaborer un projet de décret ; le rapport fut présenté le 7 septembre par le député Léonard Robin : « Le comité, écrit-il, a crû devoir conserver ou accorder la plus grande latitude à la faculté du divorce, à cause de la nature du contrat de mariage qui a pour but principal le consentement des époux et parce que la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention » (3). Dès lors, le divorce est admis de la manière la plus large non seulement pour faits déterminés, mais encore par consentement

1. *Moniteur universel*, séance du 30 septembre 1792.

2. *Archives parlementaires*, t. XLIX, p. 118.

3. *Archives parlementaires*, t. XLIX, p. 433.

mutuel et même par volonté unilatérale. Toutefois, pour empêcher l'abus des divorces, il proposait certaines garanties, notamment les époux divorcés ne pourraient plus se réunir ; ils ne pourraient s'engager dans de nouveaux liens qu'après un certain délai ; celui qui demanderait la dissolution du mariage, sans cause déterminée, celui qui l'occasionnerait par des faits qui lui seraient imputables, perdraient leurs avantages matrimoniaux, enfin, les enfants seraient confiés à l'époux contre lequel le divorce pour causes indéterminées aurait été demandé.

Cette facilité de rompre l'union conjugale effraya certains esprits timorés, et à la séance de l'Assemblée législative du 13 septembre 1792, un contre-projet fut présenté par Sedillez. Il admettait sans doute le divorce par consentement mutuel et la répudiation, mais il exigeait la nécessité de donner un motif, d'indiquer une « cause grave qui ôterait à celui qui réclame toute espérance de trouver dans l'union qu'il a contractée le bonheur qu'il devait naturellement y chercher... Il ne suffit pas que l'un dise qu'il n'est pas heureux, il faut qu'il prouve qu'il ne peut pas l'être par le fait de l'autre. Donc, pas de divorce unilatéral sans une cause

exprimée » (1). En d'autres termes, une différence était établie dans le contre-projet Sédillez entre la répudiation unilatérale et le divorce par consentement mutuel. La première n'était admise que dans des cas déterminés, mais le législateur ne se reconnaissait pas le droit de demander des motifs aux époux dont le consentement réciproque voulait mettre fin au mariage. Mais Ducastel répondit « qu'un époux peut trouver sa femme dans des lieux honteux, il n'ose le dire, il rougit sans se plaindre...; une femme peut être maltraitée dans son ménage, ses larmes coulent en secret, elle gémit, elle souffre, et ne le dit pas... On ne peut rendre à jamais malheureux ces deux époux ou les forcer à se déshonorer eux-mêmes par des déclarations scandaleuses » (2). L'éloquence de Ducastel entraîna l'Assemblée, qui admit comme cause de divorce notamment le consentement mutuel et l'incompatibilité d'humeur invoquée par un seul des époux. (Art. 1^{er} de la loi du 20 septembre 1792 : le divorce, c'est-à-dire la dissolution du mariage peut avoir lieu par le consentement mutuel du mari et de la femme. — Art. 2. Le divorce pourra avoir lieu sur la

1. *Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. XLIX, p. 613 et suiv.

2. *Archives parlementaires*, t. XLVI, p. 608 et suiv.

demande d'une des parties contractantes, soit sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur, soit sur des causes déterminées (La démence, la folie ou la fureur de l'un des époux, la condamnation à des peines afflictives ou infamantes, les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre, le dérèglement de mœurs notoires, l'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux ans au moins, l'absence prolongée pendant cinq années, l'émigration). En outre, la loi de 1792 supprima la séparation de corps en décrétant que : les demandes en séparations de corps non jugées seraient abolies et que les époux vivant en fait en séparation de corps depuis plus de 2 ans pourraient faire prononcer leur divorce.

Comment le divorce par consentement mutuel était-il organisé par cette loi ?

Aucune preuve n'était possible, puisqu'aucune faute n'était alléguée. Cependant, ce mode de divorce était subordonné à l'accomplissement de deux conditions : d'abord les époux devaient affirmer leur volonté bien arrêtée de se séparer. Cette déclaration devait être renouvelée à plusieurs reprises. Le mari et la femme désireux de divorcer devaient convoquer une assemblée de six au moins de leurs plus proches parents, ou, à défaut, des amis choisis par chaque époux

en nombre égal. Ce tribunal donnait aux époux des conseils de nature à les réconcilier, mais il ne pouvait aller contre leur volonté formelle, et dans ce cas, il dressait un acte de non-conciliation (art. 4 du § 2). La comparution devant l'assemblée de famille ne pouvait avoir lieu qu'un mois après la convocation, puis, un mois après l'acte de non-conciliation, les époux avaient la faculté de requérir de l'officier de l'état civil du dernier domicile du mari le prononcé du divorce (art. 5). Enfin, cette formalité devait être remplie au plus tard dans les six mois de la rédaction de l'acte de non-conciliation, sinon, toute la procédure était à recommencer, l'officier municipal n'avait d'ailleurs pas qualité pour apprécier les motifs de la demande. Si l'un des deux époux était mineur, ou s'il y avait des enfants du mariage, les délais minima étaient doublés (Loi du 20 septembre 1792, tit. 2, art. 1 à 7).

La loi s'inspirait manifestement du désir de respecter la nature du contrat civil du mariage et d'en déduire cette conséquence nécessaire que le mariage créé par la volonté des époux est dissoluble par cette même volonté; le divorce par consentement mutuel apparaît donc comme le mode normal de dissolution du mariage. Rien n'est plus conforme aux idées de droit

naturel qui étaient en vogue à l'époque. Il s'agissait de régénérer l'individu, de le ramener à l'état de nature : « C'est moins une loi nouvelle que vous allez faire qu'un retour à la loi naturelle », affirme Sedillez (1). Les droits de la nature sont pour un peuple libre la première de toutes les lois, s'écriait le président de l'Assemblée, Gensonnier, à la séance du 25 mars 1792 (2). Enfin, dans son rapport, Léonard Robin pose en principe : « La liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention » (3).

Le divorce fut donc admis, moins pour donner satisfaction à un vœu des populations que pour propager les grands principes de liberté individuelle et d'inaliénabilité de la volonté. Les désunions conjugales n'étaient pas plus fréquentes à cette époque qu'à toute autre ; mais il s'agissait de réaliser une conception philosophique *a priori* « toutes ces réformes ont eu pour but la liberté, la justice et même la moralité de l'individu et l'intérêt social (4). D'ailleurs, on estimait que le divorce ne pouvait être la source

1. *Archives parlementaires*, t. XLIX, p. 609.

2. *Archives parlementaires*, t. XLIX, p. 480.

3. *Archives parlementaires*, p. 613.

4. Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*, 1898, p. 396.

d'aucun abus et que la liberté individuelle restaurée se montrerait seulement soucieuse de briser les unions mal assorties. Aubert-Dubayet s'était chargé de rassurer les esprits à cet égard : « Loin de rompre les nœuds de l'hymen, écrivait-il, vous les resserrez davantage. Dès que le divorce sera permis, il sera très rare. A Rome, il fut quatre cents ans en vigueur sans qu'on n'en usât : on supporte plus facilement ses peines quand on est maître de les faire finir. Nous conserverons dans le mariage cette inquiétude heureuse qui rend les sentiments plus vifs (1) ». Enfin, les mesures imposées par la procédure semblaient un obstacle suffisant pour empêcher une trop grande instabilité des mariages : « Le comité (de législation), disait Robin, a considéré que le mariage n'était pas un contrat de pur droit naturel qui peut être abandonné au caprice des conjoints. Il a vu que c'était aussi une institution politique consacrée par la loi, que sa conservation n'intéressait pas seulement les époux, mais encore les enfants qui en sont nés ou en doivent naître et la société entière pour lesquels le mariage, sa sainteté et sa durée sont les garants les plus assurés des bonnes

1. *Archives parlementaires*, t. XLIX, p. 118, séance du 30 août 1792.

mœurs. Dans la vue donc de soustraire, autant qu'il est possible, une aussi importante institution sociale aux bizarreries, à l'instabilité des humeurs, du caractère et des affections des conjoints, le comité a environné le divorce, dans les cas où ses inconvénients sont le plus à craindre, de délais et d'épreuves propres à les écarter et assuré la société de l'indispensable institution du divorce, pour la liberté et le bonheur des époux ». Il n'y avait d'autre frein au divorce que les déclarations ci-dessus mentionnées faites devant l'assemblée de famille.

Donc, le divorce, en 1792, a été considéré comme une institution politique destinée à réaliser, par application de tous les principes généraux sur lesquels était fondée la révolution, la pratique de la liberté jusque dans les rapports de famille. Il ne s'agissait nullement de mettre la législation d'accord avec les mœurs et d'instaurer une réforme ardemment souhaitée. On comptait d'ailleurs sur les assemblées de famille comme sur le meilleur remède de nature à entraver les séparations insuffisamment justifiées. M. Olivier Martin, qui a étudié avec un soin particulier l'évolution du divorce, pendant la période intermédiaire, s'exprime de la manière suivante : « De tous les documents que j'ai con-

sultés, j'ai l'impression très nette que l'Assemblée législative ne fut que lentement gagnée à l'idée du divorce. Il est certain en tous cas que la sécularisation du mariage n'impliqua pas l'admission du divorce, même en principe. Durand de Maillane, dans son rapport, affirma l'indissolubilité du mariage tout en le considérant comme un contrat purement civil. Sans doute, le comité des pétitions estime, dès la fin de 1791, que le divorce existe véritablement dans la constitution ; mais ce n'est qu'une opinion isolée qui ne fut pas sanctionnée par l'Assemblée » (1).

Quel a été le résultat de la loi du 20 septembre 1792 ? Le législateur avait pensé que l'institution de l'Assemblée de famille serait un frein à l'abus des divorces et que ce mode de rupture du mariage demeurerait toujours dans les limites de l'exercice normal d'un droit. Mais ces espérances furent déçues par l'expérience. Les tribunaux de famille se montrèrent presque partout au-dessous de leur tâche ; les conjoints désireux de divorcer prenaient d'ailleurs la précaution de choisir parmi leurs parents et leurs amis ceux qu'ils présumaient le plus disposés à épouser leur querelle et la comparution devant

1. *Loc. cit.*, p. 71.

cette réunion familiale fut regardée bientôt comme l'accomplissement d'une ennuyeuse et inutile formalité. L'assemblée durait cinq minutes, juste le temps de signer le procès-verbal de non-conciliation qui avait été préparé à l'avance.

En présence de cette situation, la Convention dut intervenir et, par un décret des 8/14 nivôse, an II (28 décembre 1793/3 janvier 1794), donner compétence aux tribunaux de districts, faute par les assemblées de famille d'avoir terminé l'affaire dans le délai d'un mois. Mais la Convention n'agissait pas seulement dans le but de provoquer chez les personnes qui composaient les assemblées de famille une étude attentive des causes du divorce qui leur était soumis ; imbue de l'esprit qui dominait la législation de ce temps, la Convention se préoccupe avant tout d'étendre la faculté de divorcer. C'est ainsi que le décret des 4-9 floréal, an II (23 avril 1794), lève l'interdiction qui avait été faite par la loi de 1792 aux époux divorcés, de se remarier avant l'expiration d'une année, pourvu toutefois qu'il y eût séparation de fait entre les époux depuis dix mois, séparation constatée par acte authentique. Et ce décret va encore plus loin dans la voie de l'extension du divorce, il supprime tout délai d'épreuve, toute convocation d'Assemblée de famille, toutes les fois qu'il serait établi que

les époux, demandeurs en divorce, vivaient effectivement séparés depuis six mois, soit de leur plein gré, soit par abandon de l'un d'eux ; il punissait même les officiers publics coupables d'avoir refusé de prononcer le divorce dans les cas prévus par la loi (art. 5). Du moment qu'un acte de notoriété constatant cette situation était présenté à l'officier de l'état civil, ce magistrat devait prononcer immédiatement le divorce. C'est par Oudot que fut présenté le décret des 4/9 floréal, an II, au nom du comité de législation, à la séance du 4 floréal. Les termes dans lesquels le projet est justifié caractérisent bien l'esprit de la législation révolutionnaire en matière de divorce : « La différence des opinions a causé depuis la révolution une multitude de divorces, et certes, ce sont les mieux fondés en raison, car, si l'on a dit autrefois qu'un mauvais mariage était le supplice du mort attaché au vif, combien cette comparaison n'est-elle pas frappante lorsqu'il s'agit du lien qui attache un esclave de la tyrannie au sort d'un vrai républicain. La Convention doit donc s'empresser de faciliter l'anéantissement de ces sortes de chaînes, elle le doit surtout à ces époux qui, outre les travaux de la Révolution, ont eu sans cesse à combattre dans leur propre maison et sous le nom le plus cher un ennemi de la République..

Le divorce est une conséquence du premier droit de l'homme, il est incontestable qu'on ne peut contraindre aucun individu à rester attaché au sort d'un autre et qu'il suffit de la volonté d'un des époux pour rompre leurs liens ;..... cependant le mariage est une institution trop importante au bonheur des familles et au maintien des mœurs pour qu'on puisse permettre de le dissoudre sans formalités et en quelque sorte, *ipso facto*, par la seule séparation des époux... Mais, lorsque des époux sont dans des circonstances telles qu'on doive présumer qu'ils ont suffisamment réfléchi sur un acte aussi sérieux, il est inutile de prolonger les délais d'épreuve qui laissent les deux époux dans une incertitude infiniment préjudiciable à leurs intérêts, à ceux de leurs enfants à de ceux qui ont des relations d'affaires avec eux ; ces délais fournissent l'occasion à celui qui a l'administration des biens de soustraire ou de dissiper les effets de la communauté ; enfin, ils prolongent le scandale de séparation et portent une véritable atteinte aux mœurs. Tels sont citoyens, les inconvénients des délais établis par la loi du 20 septembre 1792, et il ne s'agit, quant à présent, que de faciliter l'exécution de cette loi qui est en pleine activité et de terminer un grand nombre de difficultés par quelques articles additionnels. Si on peut

donc considérer la séparation de fait qui a lieu entre des époux comme une disposition à rompre leurs liens, il semble qu'on peut les dispenser, lorsqu'ils sont séparés de fait depuis plus de six mois, de tous les détails d'épreuve et les autoriser à se servir du mode établi par la loi du 20 septembre pour le cas d'abandon de l'un des époux. C'est la principale disposition que nous vous proposerons dans ce moment » (1).

Ce décret, proposé au nom de la liberté, fut accepté d'autant plus facilement qu'on était à l'époque de la plus lourde tyrannie exercée par la Convention et que toute opposition à une loi portée par elle était de nature à rendre suspect l'opposant. Par suite, Oudot ne rencontra aucun contradicteur et personne n'osa élever la parole contre une disposition qui était cependant susceptible de faire dégénérer la liberté du divorce en une véritable licence. Le projet voté par la Convention contient deux articles principaux : Article premier. — Lorsqu'il sera prouvé par un acte authentique ou de notoriété publique que deux époux sont séparés de fait depuis plus de six mois, si l'un d'eux demande le divorce, il sera prononcé sans aucun délai d'épreuve, conformément à l'article 17 du § 41 de la loi du

1. *Moniteur universel*, séance du 4 floréal, an II).

20 septembre 1792. L'acte de notoriété publique sera donné par le Conseil général de la commune ou par les comités civils de sections sur l'attestation de six citoyens. — L'époux qui demandera le divorce pourra, dans le cas de résidence de six mois dans une nouvelle commune, faire citer l'autre par devant l'officier public de ce nouveau domicile. La citation sera donnée à la personne de l'époux défendeur ou au dernier domicile commun, chez l'agent national qui sera tenu de l'afficher pendant une décade à la porte de la maison commune. Art. 2. — S'il est constaté, par acte authentique ou de notoriété publique, que la séparation des époux a lieu par l'abandon fait par l'un d'eux du domicile commun sans donner de ses nouvelles, l'époux abandonné pourra obtenir son divorce sur la seule présentation de l'acte authentique ou de notoriété six mois après cet abandon et sans avoir besoin d'appeler l'époux absent (1).

En rendant aussi facile la dissolution du mariage, la Convention venait détruire l'œuvre réalisée par l'Assemblée législative aux termes de la loi du 20 septembre 1792; il n'y avait plus lieu de suivre une procédure dont les époux désireux de divorcer étaient implicitement dispensés par

1. Dalloz, *Répertoire*, v. *Séparation de corps*, p. 883.

le législateur lui-même. Le sort du mariage était désormais livré à tous les caprices. Aussi la Convention, craignant de voir son décret taxé d'impopularité, prend la précaution d'en imposer l'application; d'après l'article 5 « tous officiers municipaux qui ne voudront pas recevoir une action en divorce ou qui refuseront de le prononcer dans les cas prévus par les articles 1-2 ci-dessus seront destitués et pourront être condamnés à des dommages-intérêts envers les parties, sans préjudice des peines portées par l'article 8 de la section V de la loi du 14 frimaire qui leur seront appliquées s'il y a lieu ». En outre, l'article 6 du décret de floréal an II enlève tout recours, même contre les divorces injustifiés et iniques, en supprimant la voie de l'appel.

Cette législation engendra naturellement une multitude d'abus et le nombre des divorces ne tarda pas à s'accroître dans des proportions considérables. Il alla même jusqu'à dépasser dans une année, à Paris, le chiffre des mariages.

C'est du moins ce que rapporte M. Glasson (1) pour l'an VI; il ajoute qu'en l'an III, dans le seul mois de pluviôse, il y eut 223 divorces demandés pour incompatibilité d'humeur par des femmes.

1. *Loc. cit.*, p. 264.

Ce n'était pas seulement à Paris, mais en province aussi que les abus éclatèrent. Il arrivait que, à Nancy, à Metz, les soldats se mariaient au début de l'hiver en rentrant dans leur cantonnement avec l'idée bien arrêtée de divorcer dès leur départ (1). De 1793 à 1802, il y eut à Lyon 844 divorces pour 9.696 mariages; à Nancy, 254 divorces pour 2.846 mariages; à Dijon, 139 divorces pour 2.083 mariages. A Paris, dans la période qui s'écoula du 1^{er} janvier 1793 au 17 juin 1795, il y eut 5.987 divorces, dont 2.119 demandés par les hommes et 3.868 par les femmes; sur ce nombre 559 par consentement mutuel, et 2.005 par application du décret du 4 floréal an II (2). Le divorce fonctionnait avec une telle latitude que les citoyens qui s'absentaient pour la défense de la patrie étaient exposés à se trouver divorcés à leur retour (3). Le divorce était devenu une panacée universelle à tous les maux, on l'employait indistinctement par légèreté, par cupidité ou par libertinage.

Aussi, des protestations commencèrent-elles à s'élever: « La loi du divorce est plutôt un tarif

1. Cf. *La Révolution française, Revue périodique*, t. VI, p. 937.

2. Cf. Olivier Martin, *thèse*, p. 162 et s. et 159 et suiv. et aussi *La Révolution française, loc. cit.*

3. De Goncourt, *Histoire de la Société française pendant le Directoire*, p. 177.

d'agiotage qu'une loi », écrivait Mailhe. « Il faut faire cesser, s'écriait Delleville, le marché de chair humaine que les abus du divorce ont introduit dans la société ». « Il recouvrè une véritable prostitution », atteste Siméon (1).

Une réaction était inévitable : l'initiative en appartient au conventionnel Mailhe, qui fit voter le 15 thermidor an III un décret suspendant l'exécution des deux décrets des 8 nivôse et 4 floréal an II : « Vous ne sauriez arrêter trop tôt le torrent d'immoralité que roulent ces lois désastreuses (les décrets précédents); il faut sans doute qu'on soit libre dans les liens du mariage, mais il faut en bannir la liberté du vice pour y attacher la liberté de la vertu (2) ». D'ailleurs, le régime de la Terreur venait de cesser, la réaction thermidorienne commençait, les opinions se discutaient plus librement à la tribune et les partisans de l'indissolubilité du mariage reprenaient plus d'assurance. La Convention s'associa aux paroles de Mailhe et le décret du 15 thermidor an III rapporte les dispositions de l'an II.

Une opposition se manifeste en même temps dans les journaux et dans les livres contre une

1. Cf. Colondre, *thèse*, p. 10.

2. *Le Moniteur universel* du 21 thermidor, an III, p. 1292.

consécration trop facile du divorce. (*Les réflexions sur le divorce*, de Mme Necker (1794); *La Mère coupable*, de Beaumarchais; ce livre était une critique assez vive contre le divorce). Des pétitions avaient été adressées à la Convention. Le 4 pluviôse an IV, le Conseil des Cinq Cents institue une commission de trois membres en vue de réviser les lois sur le divorce. A la séance du 24 brumaire an V, Reynaud (de l'Orne) dénonce le divorce « comme remplissant chaque jour la société de scandales, comme favorisant l'inconstance des époux et comme portant atteinte à la dignité du mariage. Comment ne voit-on pas que les Français sont trop corrompus pour ne pas abuser de cette étrange facilité et qu'elle n'est autre chose, cette prétendue incompatibilité, qu'un mot vide de sens dont le libertinage seul se prévaut et qui semble n'avoir été mis dans la loi que pour l'encourager et le faire triompher? » (1). La commission désignée en l'an IV n'ayant pas accompli le travail dont on l'avait chargée, une nouvelle commission fut instituée par le Conseil des Cinq Cents pour réviser les lois sur le divorce. Le 20 nivôse an V, Favart présenta le rapport au Conseil des Cinq Cents. Il rappela la parole de Montesquieu :

1. *Le Moniteur universel* du 27 brumaire, an V, p. 227.

« C'est une règle tirée de la nature, que, plus on diminue le nombre des mariages, qui pourraient se faire, plus on corrompt ceux qui sont faits ; moins il y a de gens mariés, moins il y a de fidélité dans les mariages ; comme lorsqu'il y a plus de voleurs, il y a plus de vols ». Et Mailhe ajoutait que « le rapporteur a mis sous vos yeux le spectacle des abus et des maux qu'entraîne journellement la trop grande facilité du divorce ; il vous a dit, et vous le saviez déjà, que de toutes parts on demande que les dispositions qui permettent la dissolution du mariage pour une vraie ou fausse incompatibilité d'humeur, alléguée par un seul, soit enfin rayées du Code français... Est-il un plus grand scandale de voir le plus saint des engagements devenir entre les mains des passions diverses un moyen de séduction, de trafic et de fraude ».

Darracq ayant répondu en fondant le divorce sur l'inaliénabilité du droit naturel et de la personne humaine, Siméon riposta en prônant l'indissolubilité du mariage. « Il vaudrait mieux, affirma-t-il, que quelques mariages fussent malheureux par leur indissolubilité que si tous étaient relâchés et les familles troublées par la facilité des divorces... Lorsque nous discuterons le Code civil, nous examinerons si cette indissolubilité, qui a des fondements si antiques et

si profonds, est susceptible de quelques exceptions, ce qui ne la détruirait pas. Mais, pour le présent, il doit être certain qu'assez et trop de causes déterminées de divorce resteront encore pour qu'on puisse sans inconvénient suspendre celle qui est tirée de la simple allégation d'incompatibilité ; pour que l'on doive arrêter l'abus d'un moyen qui, en trois ans, a produit plus de divorces que l'Europe entière n'en avait vu en trois siècles. Qu'on ne dise pas que tout le mal est fait ; chaque jour, de nouvelles passions de tous les genres peuvent profiter de ce moyen facile et achever la perte, déjà si avancée, des mœurs et du mariage ». Le mouvement s'accroissait donc contre le divorce par consentement mutuel.

Un nouvel effort fut tenté, une troisième commission fut nommée, et, le premier jour complémentaire de l'an V, une loi fut votée qui ajoutait un nouveau délai à ceux prescrits par la loi du 20 septembre 1792 en cas de divorce pour incompatibilité d'humeur. Portalis s'éleva à cette occasion avec vigueur en faveur de l'indissolubilité du mariage ; il déclare que la répudiation unilatérale doit être absolument proscrite, car elle aboutit à donner à chacun des époux la faculté de dissoudre le mariage à sa volonté. « Les contrats sont libres quand on les

forme, déclare-t-il ; mais ne doivent-ils pas être inviolables quand ils sont formés ? Tout contrat produit des droits et des obligations à l'égard des contractants... Nos institutions révolutionnaires ont singulièrement altéré le gouvernement domestique qui est le premier et le plus naturel de tous. On eut dit que, pour constituer le citoyen, il fallait détruire l'homme et que pour fonder la République il fallait étouffer la nature. Hâtons-nous de réparer nos erreurs et de rappeler le mariage à sa véritable institution. Ce contrat qui perpétue l'espèce est lui-même destiné à la perpétuité ».

Impressionné par ce discours le Conseil des Cinq Cents promulgua un décret composé de deux articles, qui imposait un délai de six mois à dater du dernier acte de non-conciliation avant le prononcé du divorce. C'est le décret du premier jour complémentaire de l'an V. Cette restriction apportée à la loi du 20 septembre 1792 n'avait d'ailleurs qu'un caractère provisoire et il était entendu déjà qu'une réglementation plus étroite du divorce s'imposait à bref délai.

CHAPITRE IV

LE DIVORCE DANS LE CODE CIVIL DE 1804

Depuis la constitution de 1791, une codification avait été annoncée au pays, mais, les troubles intérieurs et la guerre avec l'étranger avaient pendant longtemps mis obstacle à sa rédaction. Or, les partisans du divorce illimité perdaient de jour en jour du terrain, les scandales qui s'étaient produits avaient d'ailleurs éloigné de plus en plus l'opinion publique de toute sympathie pour ce mode de dissolution du mariage. La réforme du divorce étant comprise dans les divers projets qui s'efforcèrent successivement de doter la nation d'un code civil, il est impossible de ne pas dire un mot de ces projets quand on suit le divorce dans son évolution jusqu'à l'élaboration définitive du Code civil.

On sait que le premier projet de Code civil

fut présenté à la Convention par Cambacérès. Il y lut le rapport dont l'avait chargé le Comité de législation à la séance du 9 août 1793. A cette époque, les esprits se montraient très enthousiastes du divorce, aussi l'institution est-elle très largement accueillie ; la procédure et les délais fixés par la loi du 20 septembre 1792 sont même simplifiés ou abrégés, le divorce par consentement mutuel s'opère au bout d'un mois, le divorce pour causes déterminées se prononce immédiatement (1).

C'est dans le même esprit qu'est rédigé le second projet de Cambacérès du 23 fructidor an II (9 septembre 1794) (2). Le rapport de Cambacérès contient à l'égard du divorce la déclaration suivante : « Il est juste qu'une union fondée pour le bonheur de deux individus cesse dès que les deux individus ou que l'un deux n'y trouve plus le bonheur qu'on y a cherché. Qui pourrait exiger du cœur de l'homme qu'il reste attaché là où il ne se sent pas heureux » (3).

Mais les critiques contre la facilité du divorce ont déjà produit leur effet lors de la présentation du troisième projet de Cambacérès, le 24 prairial an IV, au Conseil des Cinq Cents. Dans son

1. Fenet, t. I, p. 17 et s.

2. Fenet, t. I, p. 99.

3. Fenet, t. I, p. 110.

discours préliminaire, Cambacérès signale le revirement qui s'est produit dans l'opinion publique : « La seule cause d'incompatibilité d'humeur et de caractère a paru effrayer par son étendue, par les conséquences qu'elle peut entraîner, par les désordres dont elle est la source ». L'orateur se préoccupe « de soumettre les époux à des épreuves dont l'objet est de s'assurer qu'il existe entre eux une antipathie certaine et des causes irrémédiables de séparation » (1). Par suite, les délais d'épreuve imposés par le projet aux époux sont plus longs que dans les projets précédents ; de plus, des dispositions spéciales ont pour but de prévenir les abus du divorce par consentement mutuel ou par incompatibilité d'humeur (art. 331, 346, 348, 352, 356).

C'est encore un esprit de réaction qui anime le quatrième projet de Code civil présenté par Jacqueminot, au nom de la section de législation, à la commission législative du Conseil des Cinq Cents (Séance du 31 frimaire an VIII (21 déc. 1799). Au sujet de la réforme du Code civil, il affirme que « c'est elle qui mettra un terme au scandale de ces divorces continuels qui ont failli travestir le mariage en une sorte

1. Fenet, t. I, p. 138.

de concubinage avoué ; à ces divorces, qui, nécessaires quelquefois, sont toujours un mal et qui doivent par conséquent être assujettis à de longues et de nombreuses épreuves, précautions indispensables contre les conseils de l'humeur, de la légèreté, de la licence et des aveugles passions » (1). Mais, malgré la volonté très arrêtée de légiférer en cette matière, le projet ne contient aucune disposition de nature à justifier les promesses faites par son auteur.

Avec le cinquième projet commence à se manifester l'influence du Premier Consul. Il s'agit du projet rédigé conformément à l'arrêté pris par les consuls le 24 thermidor an VIII (12 août 1800) et d'après lequel Tronchet, président du Tribunal de cassation, Bigot du Préameneu, commissaire du gouvernement près le même tribunal, Portalis, commissaire au conseil des prises, devaient tenir des conférences chez le ministre de la Justice sur la rédaction du Code civil. Le secrétaire rédacteur était Malleville, membre du Tribunal de cassation. Le projet, dont l'impression fut terminée le 1^{er} pluviôse an IX, fut communiqué à toutes les Cours d'appel et au Tribunal de cassation. Dans cette commission, Malleville était contre

1. Fenet, t. I, p. 329.

le divorce d'une manière générale, Tronchet combattait le divorce par consentement mutuel. Mallevillé avait publié une brochure de 50 pages dans laquelle il montrait les inconvénients du divorce (1). Le titre VI, relatif au divorce n'admettait que le divorce pour causes déterminées. Art. 2 : « Ces causes sont les délits et crimes de l'un des époux envers l'autre ; art. 3 : Les délits qui donnent lieu au divorce sont : les sévices et mauvais traitements et la conduite habituelle de l'un des époux envers l'autre qui rend à celui-ci la vie insupportable, la diffamation publique, l'abandonnement du mari par la femme ou de la femme par le mari, l'attentat d'un époux à la vie de l'autre, l'adultère de la femme accompagné d'un scandale public ou prouvé par des écrits émanés d'elle, celui du mari qui tient sa concubine dans la maison commune » (2).

Lors de la communication du projet aux tribunaux, les avis furent partagés. La Cour d'appel d'Agen et celle de Bourges protestèrent contre l'admission de l'abandonnement qui, affir-

1. Mallevillé, *Le divorce et la séparation de corps, discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, publiés en 1845, par le petit-fils de Portalis.

2. Loqué : *La législation de la France*, 16 vol., 1827, t. V, p. 41.

maient-elles, aboutissait à consacrer le divorce par consentement mutuel, que le projet repoussait formellement (1) ; la Cour d'appel de Lyon en tenait pour le divorce pour incompatibilité d'humeur en vue d'éviter le scandale d'un débat judiciaire devant les tribunaux (2). Les Cours d'appel de Paris et de Rouen se montrèrent des plus favorables à la suppression du divorce par consentement mutuel (3). Le divorce par consentement mutuel fut également repoussé par la majorité des membres du tribunal d'appel de Rennes (4). Enfin quelques cours d'appel réclamèrent la suppression du divorce.

Devant le tribunal de cassation, une discussion des plus intéressantes s'engagea sous la présidence du premier Consul et la plupart du temps avec sa collaboration (5). Dans son principe même le divorce ne fut pas discuté : « La loi civile ne donne pas une liberté que tous tiennent de la nature ; elle ne parle que pour la restreindre et la circonscrire dans des limites qui ne pourraient être franchies sans que la société

1. Fenet, t. III, p. 9 et 242, t. II, p. 470.

2. Fenet, t. IV, p. 57.

3. Fenet, t. V, p. 136 et s.

4. Fenet, t. V, p. 325.

5. Cf. Fenet, t. V, p. 138-465. ; Thibaudeau, *Le Consulat et l'Empire*, 11 vol., 1835, t. II, p. 144.

fut troublée (1) ». La majorité des membres du tribunal de cassation fut d'avis que le divorce pour incompatibilité d'humeur fut maintenu à côté du divorce pour causes déterminées sauf à allonger les délais d'épreuve et à élever des obstacles contre la dissolution de l'union conjugale, pour qu'il fut bien établi que la vie commune était devenue réellement insupportable (2).

Le projet fut étudié ensuite par le Conseil d'Etat où il arriva le 14 vendémiaire an X (6 oct. 1801). La question y donna lieu à de longs débats, à un examen approfondi d'où sortit plus tard le titre VI du Code civil. La discussion, à laquelle le Conseil d'Etat allait procéder, présentait sur les travaux préparatoires de la loi de 1792 cette supériorité que, cette fois, l'expérience du divorce avait été tentée pendant 9 ans et avait abouti à des résultats concluants. En présence de ces résultats, les conseillers d'Etat sont animés d'un esprit tout autre que celui du début de la Révolution. Le divorce n'est plus envisagé comme la résolution d'un contrat, car le mariage lui-même n'apparaît plus comme un contrat ordinaire, susceptible d'être rompu, il s'impose

1. Locré, t. V, p. 44.

2. Fenet, t. II, p. 470.

comme un lien perpétuel (1). Par conséquent, s'il éclate des divergences de vue entre les conseillers (les uns, comme Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Boulay n'acceptant que le divorce pour causes déterminées ; les autres, comme Berlier, Thibaudeau et Emmery admettant le consentement mutuel), l'unanimité existait au contraire sur le rejet du divorce pour incompatibilité d'humeur (sauf l'opinion dissidente de Berlier, à la séance du 16 vendémiaire an X (2).

Dans la première séance du 14 vendémiaire an X, Portalis s'élève avec vigueur contre l'incompatibilité d'humeur : « Le divorce pour incompatibilité d'humeur est jugé par l'opinion, non d'un public de coterie, mais du public de l'histoire, du public de la postérité... On ne peut pas stipuler un terme à la durée d'un contrat qui est essentiellement perpétuel (3). Bonaparte qui tenait pour cette cause de divorce essaie vainement de rallier les conseillers à sa conception : « Les mariages, déclarait-il, sont rarement l'ouvrage des époux, puisque ce sont les familles qui les forment d'après certaines idées de convenance, il faut que les premières années soient

1. Locré, t. V, p. 77.

2. Locré, t. V, p. 74.

3. Fenet, t. IX, p. 248 et s., 339 sq. ; Locré, t. V, p. 38 à 34.

un temps d'épreuve, et que, si les époux reconnaissent qu'ils ne sont pas faits l'un pour l'autre, ils puissent rompre une union sur laquelle il ne leur a pas été permis de réfléchir. Toutefois, cette facilité ne doit favoriser ni la légèreté ni la passion... On a des moyens de restreindre les effets de la cause trop vague de l'incompatibilité d'humeur » (1). Cependant la majorité des conseillers résiste à l'admission de l'incompatibilité d'humeur. L'opposition vient surtout de Boulay, Malleville, Portalis et Tronchet. Quelle était donc la cause de l'attitude du premier Consul. On a affirmé qu'il était déjà dominé par des raisons personnelles et par le désir secret de briser son mariage avec Joséphine, vieux déjà de sept années. Mais il est douteux qu'une pareille pensée animât déjà les projets de Bonaparte; il est peu probable qu'il songeât déjà à cette époque à rendre son pouvoir héréditaire et à se donner une postérité : L'opinion qui paraît la plus sûre à cet égard est celle de Thibaudeau. « Il était impossible, écrit cet auteur, que la discussion sur cette matière ne réveillât pas dans la pensée du premier Consul l'intérêt personnel qu'il pouvait y avoir; mais, que ce fût dans la vue de cet intérêt et malgré sa haine pour le

1. Locré, t. V, p. 58.

divorce qu'il adoptât l'institution et qu'il proposât le mode d'en user, c'est ce que les procès-verbaux mêmes ne nous permettent pas d'admettre. On voit au contraire dans ses discours qu'il était convaincu de l'indispensable nécessité du divorce en général, et, particulièrement dans un pays où la liberté des cultes était constitutionnellement établie, qu'il niait le dogme de l'indissolubilité du mariage, qu'il préférait le divorce à la séparation de corps, qu'il professait en un mot les principes des législateurs philosophes en cette matière » (1).

La discussion s'engagea alors sur le divorce par consentement mutuel. Emmery propose de l'admettre, pour éviter des scandales. Il reconnaît bien que la faculté donnée à un seul des époux de briser le mariage, sans cause prouvée, serait une tyrannie, mais il accepte comme cause de divorce l'incompatibilité lorsqu'elle est mutuelle. De même, Cambacérès propose de faire du consentement mutuel une cause de divorce susceptible de « laisser à des époux qui se méprisent ou se détestent des moyens de se désunir, sans les assujettir à une preuve souvent impossible et sans les exposer à des révelations dont la pudeur serait alarmée » (2). Dans

1. Thibaudeau, *op. cit.*, t. III, p. 207.

2. Locré, t. V, p. 67.

le même sens se prononce encore Thibaudeau, et Bonaparte se rallie à cette proposition (1). Le consentement mutuel apparaît donc comme indispensable pour couvrir les causes graves de divorce.

Mais ce mode de dissolution du mariage rencontre une vive opposition de la part des conseillers qui n'acceptaient le divorce que pour causes déterminées. Il ne faut pas, s'écrie Boulay, que le mariage soit le jouet des caprices, des passions et d'un concert frauduleux de la part des époux. Il n'y a plus de garantie pour l'intérêt des familles, pour celui des enfants, pour celui de la société dont la stabilité repose essentiellement sur celle des familles, et par conséquent sur celle des mariages (2). Portalis se montre également hostile au consentement mutuel. Et le conseiller Boulay présente un projet qui exclue le consentement mutuel des causes de divorce, mais dans une rédaction dont les termes sont plutôt obscurs, surtout dans les articles 5 et 6, ainsi conçus : « Art. 5. Les sévices et les mauvais traitements, la diffamation publique et toute autre cause dont l'effet continué rendrait impossible la vie commune entre

1. Cf. Fenet, t. IX, p. 278 et sq.

2. Locré, t. V, p. 101.

les époux donnerait lieu à la séparation de corps et de biens. — Art. 6. Quand la séparation aura été prononcée aux termes de l'article précédent, si elle subsiste pendant trois ans sans qu'il y ait eu de rapprochement entre les époux, le divorce sera prononcé sur la demande de celui qui aura obtenu la séparation ». En d'autres termes, une distinction est établie entre les causes graves et absolues (adultère, attentat à la vie d'un des époux par l'autre, condamnation à une peine afflictive et infamante), et les autres causes ; les premières permettent d'obtenir immédiatement le divorce ; pour les secondes, il n'est accordé qu'après un certain temps d'épreuve. Les arguments par lesquels Boulay réfute le divorce par consentement mutuel consistent surtout dans l'idée que le mariage intéresse, outre les époux, leurs familles et les enfants, qu'il est en rapport intime avec l'ordre public et qu'il ne peut être brisé que pour des causes légitimes et méritées. En outre, quelle valeur aurait le divorce dans le cas où le consentement serait arraché par la crainte ou la violence ? Quant à la crainte du scandale, il est facile de l'écarter en instituant une procédure secrète, et en permettant de ne pas motiver le jugement.

Par contre, le divorce par consentement mutuel était défendu par le conseiller Berlier

dans un autre projet ainsi conçu : « Les tribunaux (art. 6) ne peuvent admettre de demande en divorce fondée sur de simples sévices, injures, mauvais traitements ou vices imputés à l'un des époux. Néanmoins si ces circonstances, leur réunion et leur durée prenaient un tel caractère que la vie commune devint insupportable aux deux époux, il pourra y avoir lieu au divorce, mais sur le seul consentement mutuel des époux, ratifié par leurs ascendants, ou, à leur défaut, par un jury spécial » (1). Le consentement mutuel se trouvait ainsi soumis à un contrôle restrictif de la liberté du divorce. Mais les adversaires du consentement mutuel, notamment, Boulay, Bigot-Préameneu, Tronchet étaient en majorité et le projet Boulay obtint la priorité. C'était donc l'échec du divorce par consentement mutuel.

Le premier Consul comprit qu'il serait alors plus habile d'accorder des concessions et il défendit un système mixte qui avait l'habileté de faire la part des deux tendances opposées, qui s'étaient montrées irréductibles dans la discussion. « Le consentement mutuel, affirme-t-il, n'est pas la *cause* du divorce, mais un *signe* que le divorce est devenu nécessaire. Ainsi le Tribu-

1. Locré, *Législation civile de la France*, p. 339 et s.

nal prononcera le divorce non *parce qu'il* y aura consentement mutuel, mais *quand* ce consentement réciproque sera établi. Le consentement mutuel sera le symptôme irrécusable de causes déterminées non révélées. Le Tribunal s'arrêtera à ce signe et n'ira pas jusqu'aux causes réelles qui peuvent avoir amené la rupture entre les époux ». Chaque époux sera ainsi dispensé de fonder une demande en divorce sur l'adultère de l'autre (1). A ceux qui invoquaient le danger pouvant résulter, des précautions entourant le divorce par consentement mutuel, du mystère dont il recouvrait la véritable cause du divorce (2), on répondit que le consentement mutuel sérieusement contrôlé, soumis à l'observation de certains délais, à l'intervention de certains ascendants, ne laissait de place à aucun abus, il ne compromettait ni les droits des époux, ni la stabilité du mariage et qu'il évitait de plus la divulgation scandaleuse des causes graves, mais intimes (3).

La cause du divorce par consentement mutuel semblait très compromise, mais un passage du discours du conseiller Réal provoqua une inter-

1. Locré, p. 69, t. V et Thibaudeau, t. III, p. 205.

2. *Discours de Tronchet*, séance du 16 vendémiaire, an X, Locré, t. V, p. 77 et s.

3. Thibaudeau, *Réponse à Tronchet*.

vention habile de Bonaparte et aboutit finalement au triomphe des partisans du consentement mutuel. Le conseiller Réal constatait que beaucoup d'époux, soucieux d'éviter le ridicule dont pourrait les couvrir une demande en divorce fondée sur l'adultère, essaieraient de dissimuler ce motif en alléguant les sévices. Or, ils risqueraient souvent d'échouer en présence des difficultés de preuve concernant la démonstration de faits imaginaires et fictifs. C'est alors que Bonaparte revint à la charge. Si les sévices sont réels, ils ne prouvent autre chose que l'incompatibilité d'humeur. Un mari qui veut arriver au divorce maltraite sa femme pour l'obliger à le demander ; or, il ne faut pas d'incompatibilité sous quelque forme qu'on la déguise ; si l'allégation des sévices cache une autre chose plus grave, il faut tenir compte du désir des époux de ne pas se diffamer en la révélant. Bonaparte paraît ainsi assimiler les sévices et le consentement mutuel ; il jette le trouble dans les esprits et il en profite pour faire adopter une motion aux termes de laquelle les sévices seront réputés prouvés lorsque les époux seront d'accord pour les alléguer ; en d'autres termes, le divorce est possible par consentement mutuel (1). Le premier Consul réussit ainsi

1. Séance du 24 vendémiaire, an X, Loqué, t. V, p. 128.

indirectement à faire voter ce mode de divorce. Profitant de cet avantage, il charge immédiatement Emmery de la rédaction d'un projet indiquant les conditions auxquelles le divorce par consentement mutuel sera admissible ; en voici le dispositif : Art 1^{er}. Le mariage dont il existe des enfants ne peut être dissout par le consentement mutuel. Art. 2. Les époux mineurs ne peuvent opérer le divorce par consentement mutuel. Art. 3. Les époux même majeurs ne le peuvent qu'après..... ans de mariage et d'habitation commune. Art. 4. Le consentement mutuel n'est pas admis pour dissoudre le mariage qui a subsisté..... ans. Art. 5. Le consentement mutuel des époux n'est définitif qu'après avoir été répété quatre fois à trois mois de distance l'une de l'autre. Art. 6. L'autorisation des père et mère vivants est indispensable, celle des autres ascendants l'est pareillement si les père et mère sont morts. Art. 7. Les époux divorcés par consentement mutuel ne peuvent contracter un nouveau mariage qu'après..... années révolues ».

Des observations furent échangées entre Boulay, Réal, Regnault de Saint-Jean d'Angély et Roederer, et, à la faveur de la confusion qui régnait dans les esprits, une motion de Cambacérès admettant purement et simplement le divorce

par consentement mutuel fut finalement votée (séance du 24 brumaire an X) et une nouvelle rédaction du projet de loi sur le divorce est présentée par Emmery à la séance du 6 nivôse an X (27 décembre 1801) (1). L'article 6 de la nouvelle rédaction était ainsi conçu : « Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce ». En présence de ce texte, les esprits modérés demandèrent que la procédure du divorce fut soumise à des conditions de nature à entraver une dissolution trop facile du mariage. D'où une nouvelle et longue discussion (2).

Finalement, les textes relatifs au divorce furent votés dans l'ordre suivant : le chapitre III, formes du divorce par consentement mutuel, à la séance du 14 nivôse an X ; les chapitres IV et V à la séance du 16 nivôse ; enfin les cinq chapitres du livre VI furent votés le 22 fructidor an X (9 septembre 1802) (3).

1. Locré, t. V, p. 156 et 203 et s.

2. Locré, t. V, p. 192 et Fenet, t. IX, p. 372 et s.

3. Fenet, t. IX, p. 388, 411, 422 ; Locré, t. V, p. 288, 233, 243.

Là-dessus, le projet fut communiqué officiellement à la section de législation du Tribunat le 26 fructidor an X (13 septembre 1802). Il y fut examiné dans les séances du 5 vendémiaire an XII et suivantes (1). Le Tribunat et la section de législation du Conseil d'Etat s'entendirent sur les modifications susceptibles d'être apportées au projet, sauf sur un point, la question de savoir si le divorce par consentement mutuel devait être interdit aux époux ayant des enfants ; la section de législation du Conseil d'Etat ne voulut pas prendre parti à cet égard sans avoir pris l'approbation de l'Assemblée générale, qui se réunit le 20 brumaire an XI (11 novembre 1802) ; dans cette séance, Emmery et Berlier parvinrent à faire écarter cette restriction et, le même jour fut approuvée la rédaction définitive du titre du divorce.

Il ne restait plus que la présentation au Corps législatif. Elle eut lieu, avec la lecture de l'exposé des motifs par Favart, le 19 ventôse an XI (10 mars 1803). Passant en revue les causes du divorce, Treilhard expose que « la quatrième, celle du consentement mutuel, n'est pas susceptible d'une preuve devant les tribunaux, mais on s'en formerait une bien fausse idée,

1. Fenet, t. IX, p. 432, Locré, t. V, p. 257.

et l'on calomnierait d'une étrange manière les intentions du gouvernement, si l'on pouvait penser qu'il a voulu que le contrat de mariage fut détruit par le seul consentement mutuel des époux. La simple lecture de l'article proposé en annonce l'esprit et la véritable intention. Le consentement mutuel et persévérant des époux exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce. Ainsi, les conditions et les formes imposées doivent garantir l'expression d'une cause péremptoire. Le consentement dont il est question ne consiste pas dans l'expression d'une volonté passagère; il doit être le résultat d'une position insupportable. Les épreuves garantiront la constance de cette volonté. La présence des pères en garantira la nécessité, les sacrifices auxquels les époux sont forcés donneront enfin de nouveaux gages de l'existence d'une cause absolue de divorce » (1).

Enfin, le 27 ventôse, an XI, après la présentation au Corps législatif, la communication offi-

1. *Le Moniteur Universel* des 19 et 20 ventôse, an XI, t. XXVII, p. 693, 698.

cielle eut lieu au Tribunal. Savoye-Rollin montra de nouveau, dans un assez long discours, à quels abus la loi du 20 septembre 1792 avait abouti. Il s'étendit encore, plus que Treilhard l'avait fait au Corps législatif, sur la nécessité d'admettre le consentement mutuel parmi les causes de divorce. L'assemblée était en grande majorité favorable au maintien du divorce, et l'institution ne rencontra guère qu'un adversaire décidé : Carion-Nisas. Cet orateur affirma que « à Paris, dans l'an IX, le nombre des mariages a été de 4.000 environ, celui des divorces de 700 ; en l'an X, celui des mariages d'environ 3.000, celui des divorces de 900, proportions croissante et décroissante qui, des deux côtés, effraient et qui prouvent que le divorce, loin d'être un remède, est un mal de plus et qu'au lieu d'appeler les citoyens au mariage comme on l'a prétendu, il les en dégoûte » (2). Il ajouta que le consentement mutuel admis pour le divorce était exclu pour la séparation de corps et qu'il ne s'expliquait pas comment une institution, mauvaise dans un cas, pour le relâchement du lien conjugal, pouvait présenter des avantages en cas de rupture complète de ce lien. Malgré ce discours passionné contre le divorce, le Tri-

2. *Moniteur Universel*, t. XXVIII, p. 800, 808, 811 et s.

bunat ne se laissa pas influencer et, à la majorité de 46 voix contre 19, le projet fut adopté.

Après l'adoption devant le Tribunal, le projet revint au Corps législatif le 30 ventôse, an XI (21 mars 1803) (1). Ce fut le tribun Gillet qui exposa au nom du Tribunal les motifs d'adoption du projet : « C'est alors, déclarait-il au sujet des anciennes lois, que nous avons vu travestir en incompatibilité de caractère les moindres dégoûts, les chagrins les plus légers, les simples contrariétés et jusqu'aux fantaisies de l'inconstance. Ce fut comme une source intarissable où toutes les passions vinrent s'abreuver et qui inonda la société de scandales. C'est en s'inspirant de ces idées que, dans le projet de loi, on a repoussé la cause d'incompatibilité et introduit le divorce par consentement mutuel. A cette seule dénomination, il me semble qu'une voix va s'élever de cette enceinte, qui me dira que, si le consentement mutuel suffit dans ce traité solennel qui forme le mariage, il ne suffit pas dans l'acte qui doit le dissoudre. L'intérêt des époux n'est pas le seul que le contrat de mariage embrasse, c'est encore celui des familles c'est celui de la société tout entière. Législateurs, ces jus-

1. *Moniteur Universel* du 1^{er} germinal, an XI, t. XXVIII, p. 811 et s.

tes sollicitudes ne nous ont point été étrangères, nous aussi, nous avons craint que le consentement mutuel ne fut un asile commode où viendraient se réfugier tous ces dégoûts des deux époux, qui, las l'un de l'autre, heurtent contre toutes les barrières pour trouver celle qui s'ouvrira aux écarts de leur indépendance. Mais ces inquiétudes ont cessé à la vue de toutes les précautions dont la loi s'est environnée... La véritable incompatibilité est le plus grand des obstacles dans la société conjugale. Elle ne la rompt pas seulement, elle l'empêche même de naître, en lui laissant toutes les apparences matérielles, elle lui enlève son principal lien qui est celui des sentiments et des affections. Mais il faut que l'incompatibilité soit constante, qu'elle soit profonde, et surtout qu'elle soit mutuelle. Que pourraient en effet sur l'intégrité du contrat les répugnances et les contradictions qui s'élèvent d'un seul côté, lorsque, de l'autre, l'accord est maintenu par la patience, par la douceur et par cet esprit de support et d'indulgence que chacun doit aux défauts de ses semblables ? Il suit de là que l'incompatibilité entre les époux ne saurait jamais être démontrée que par l'aveu commun qu'ils en font l'un l'autre et lorsqu'après s'être réciproquement éprouvés avec persévérance, ils sentent que le fardeau d'une

vie commune leur est insupportable ». Et, après avoir énuméré les conditions imposées au divorce par consentement mutuel, Gillet estime qu'il n'y a pas à craindre que « le consentement mutuel soumis à de telles conditions devienne un prétexte banal et commode pour les caprices de la légèreté » (1). Finalement le projet fut converti en loi, après un autre discours de Treilhard au Corps législatif, par 188 voix contre 31. La promulgation eut lieu le 10 germinal an XI (31 mars 1803).

Ainsi était abrogée la fameuse loi du 20 septembre 1792, qui avait été l'apogée du divorce. La fortune de cette institution avait singulièrement décliné. On était bien loin de l'époque où le citoyen Chaumet, président de la commune, tenait à deux époux, dont il recevait la déclaration de mariage, le discours suivant : « Le divorce est le père des égards mutuels, des complaisances, des soins, perpétuels aliments des feux honnêtes. Le divorce est le Dieu tutélaire de l'hymen » (2). A l'accueil enthousiaste de la première époque avaient succédé les mécomptes, les déceptions et une réglementation étroite gouverne désormais l'institution dans la loi du

1. Fenet, t. IX, p. 555.

2. *Moniteur Universel* du 23 octobre 1792, p. 1255.

10 germinal, an XI, qui est devenue, en 1804, le titre 6 du livre I du Code civil, long de 20 articles (art. 233, 275 à 294, 297, 299, 305).

Les restrictions apportées à la faculté de divorcer étaient même si rigoureuses que, pendant les 12 années d'application du titre 6 du Code civil en n'en vit guère d'autre exemple que celui de l'empereur et de Joséphine, qui fut d'ailleurs entouré d'un cérémonial particulier ; ce fut l'archi-chancelier Cambacérès qui reçut la déclaration des époux, après quoi un sénatus-consulte rendu en forme solennelle prononça la dissolution du mariage impérial le 15 décembre 1809.

Quelles étaient donc les conditions auxquelles le divorce par consentement mutuel était admis par le Code civil ? Il fallait, pour divorcer par consentement mutuel, que les époux eussent atteint la majorité matrimoniale (25 ans pour le mari, 21 pour la femme), art. 275 ; qu'ils eussent au moins deux ans de mariage. Le motif de ces dispositions, expose Treilhard (1), est qu'il faut laisser aux époux le temps de se connaître et de s'éprouver et éviter les caprices qui passent avec l'habitude de la vie commune. Aux termes de l'article 277, le consentement mutuel

1. Locré, t. II, p. 569.

ne pouvait plus être admis après 20 ans de mariage, ni lorsque la femme avait atteint 45 ans ; après une durée aussi longue, l'intimité est de nature à faire pardonner bien des torts, de plus l'épouse ne pourrait pas se remarier facilement. En outre, il faut que le consentement mutuel ait été exprimé quatre fois dans le cours de l'année et les époux doivent se procurer l'autorisation de leurs père et mère ou de leurs autres ascendants vivants suivant les mêmes règles que pour le consentement des ascendants au mariage. C'est, dit Treilhard, une garantie contre l'abus du divorce : « Lorsque deux familles entières, dont les intérêts et les affections sont presque toujours contraires, se réunissent pour attester la nécessité d'un divorce, il est bien difficile que le divorce ne soit pas en effet indispensable » (1). Et la jurisprudence, interprétant avec rigueur cette condition, comme d'ailleurs toutes celles auxquelles était subordonné le divorce par consentement mutuel, décidait que l'assentiment des parents n'était pas destiné à relever les époux d'une incapacité dont ils n'étaient pas frappés, mais qu'il constituait la garantie de l'existence de griefs sérieux, d'une cause légitime de dissolution du mariage ;

1. Locré, t. II, p. 569.

par suite, le refus de la mère ou de l'aïeule à consentir au divorce, approuvé cependant par le père ou l'aïeul, entraînait le rejet de la demande des époux. Ce fut seulement plus tard que la Cour de cassation abandonna cette interprétation du Code, après un réquisitoire de Merlin, à l'occasion d'un arrêt de la Cour de Liège du 3 septembre 1810 (1).

Si l'un des parents appelé à donner son consentement est décédé, les époux doivent produire l'acte de décès dressé par l'officier de l'état civil (art. 283). Ils ne peuvent se prévaloir ici, comme à l'occasion du mariage, de l'avis du Conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII, qui dispense les époux de produire les actes de décès des père et mère, quand les aïeuls attestent le décès, et qui se contente d'une attestation par serment, quand tous les aïeuls sont décédés. Une autorisation verbale donnée par les père et mère ou autres ascendants vivants serait insuffisante ; l'article 283 exige une déclaration authentique portant que « pour les causes à eux connues, ils autorisent tel ou telle à demander le divorce et à y consentir ». Cette déclaration doit être renouvelée ensuite trois fois devant le président du

1. Merlin, *Questions de droit au mot divorce*, § 7, t. V, p. 341.

tribunal civil de l'arrondissement (art. 281 et 285) avec la preuve, par acte public, que les parents persistent dans leur autorisation.

Le divorce en 1804 n'est pas réglementé seulement quant à ces conditions, il est soumis, d'autre part, à une procédure minutieuse et détaillée. D'après l'article 279, les époux sont tenus de faire préalablement inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles. Cette obligation a pour but l'exécution de l'article 305, qui attribue aux enfants la propriété de moitié des biens de chacun des époux du jour de leur première déclaration.

De plus, d'après le même texte, les époux doivent régler leurs droits respectifs, sur lesquels il leur est néanmoins permis de transiger et ce règlement se fait sans l'intervention du tribunal ; le mari agissant dans l'acte comme partie, autorise implicitement sa femme. D'autre part, d'après l'article 280, les époux devaient constater par écrit leurs conventions au sujet des trois points suivants : 1^o la garde des enfants nés de leur union, soit pendant le temps des épreuves, soit après le prononcé du divorce ; 2^o la résidence de la femme pendant les délais d'épreuve ; 3^o la pension alimentaire à payer par le mari à sa femme pendant le même laps de temps, en cas d'insuffisance des revenus de celle-ci pour faire

face à ses besoins. En outre, les époux devaient produire leurs actes de naissance et de mariage, les actes de naissance et de décès de tous les enfants issus de leur union et la déclaration authentique des ascendants qu'ils consentaient au divorce. En ce qui concerne les mesures visées par l'article 280, elles présentaient toujours un caractère provisoire, de plus, tandis que le tribunal les ordonnait dans le divorce pour causes déterminées, elles résultaient, dans le divorce par consentement mutuel, d'un accord amiable entre les époux. Les conventions des époux devaient être rédigées par écrit (art. 280), mais la loi n'exigeait pas l'authenticité, laquelle s'acquerrait, cependant en fait, par le dépôt opéré par les époux de leur convention entre les mains du président du tribunal.

La procédure du divorce par consentement mutuel est minutieusement réglée : les époux résolus à divorcer doivent se présenter ensemble et en personne devant le président du tribunal civil de leur arrondissement et lui déclarent leur commune volonté de divorcer, en présence de deux notaires amenés par eux (art. 281). Cette première comparution a le caractère d'une tentative de conciliation. Le juge leur adresse à tous deux en particulier telles représentations et exhortations qu'il juge convenable (art. 282), il

leur donne lecture du chapitre IV du titre du divorce, qui règle les effets de cette institution et leur développe toutes les conséquences de cette démarche. Si la tentative de conciliation ne réussit pas, le président donne acte aux conjoints de ce qu'ils persistent dans leur intention mutuelle de divorcer. C'est alors que les époux doivent immédiatement déposer chez le notaire les actes prescrits par les articles 279 et 280. La production de ces documents est requise afin que le tribunal appelé à prononcer le divorce puisse contrôler l'observation des règles légales. Procès-verbal détaillé est dressé par les notaires de tout ce qui a été dit et fait devant le président. Il y est fait mention de l'avertissement donné à la femme de se retirer dans les 24 heures dans la maison convenue entre elle et son mari et d'y résider jusqu'au divorce prononcé (art. 284). Cette tentative de conciliation devait être renouvelée dans la première quinzaine de chacun des 4^e, 7^e et 10^e mois suivants, avec nécessité, pour les époux, d'observer chaque fois les mêmes formalités, c'est-à-dire de renouveler leurs déclarations devant le président du tribunal et de fournir la preuve du consentement des ascendants, preuve résultant d'actes notariés dressés spécialement pour chaque déclaration. L'obligation de rapporter à quatre reprises con-

sécutives la preuve de l'autorisation des ascendants avait pour but, selon l'observation d'Emery, de permettre aux ascendants de revenir sur un consentement surpris ou trop facilement accordé (1). Mais les conjoints n'étaient pas tenus de représenter d'autres documents.

Après l'expiration d'une année révolue à compter de la première déclaration, l'article 286 imposait aux époux, assistés chacun de deux amis, personnes notables de l'arrondissement, âgés de 50 ans au moins, de se présenter ensemble et en personne, dans un délai de quinze jours, devant le président du Tribunal, de lui remettre les expéditions des quatre procès-verbaux constatant leur consentement mutuel, et de tous les actes qui y ont été annexés, puis ils requièrent du magistrat, chacun séparément, en présence néanmoins l'un de l'autre et des quatre notables, l'admission du divorce. Le président et les assistants doivent alors, d'après l'article 287, adresser leurs observations aux époux, et, si ceux-ci persistent encore dans leur demande, un procès-verbal est dressé leur donnant acte de leur réquisition et de la remise opérée par eux des pièces à l'appui. Le juge les signe (art. 288). Les quatre assistants, les parties et le

1. Locré, t. V, p. 254.

greffier apposent également leur signature. Le président du tribunal inscrit au bas de ce procès-verbal une ordonnance portant que, dans les trois jours, il sera par lui référé du tout au tribunal en Chambre du conseil, et sur conclusions écrites du ministère public, à qui le greffier a communiqué les pièces. Ces conclusions se résumeront en ces mots : « La loi permet », si toutes les formalités légales ont été observées, ou, au cas contraire, en ces termes : « la loi empêche ».

Ces formalités constituent la procédure et leur accomplissement équivaut à l'observation même des formes que la loi impose. Il n'y a point de débat judiciaire, point de litige à proprement parler, le mariage se trouve dissout par l'effet d'un consentement mutuel et persévérant exprimé suivant les rites sacramentels exigés par le législateur de cette époque. Le ministère public procède à la vérification de ces conditions, mais il ne motive pas ses conclusions, et le tribunal n'indique pas davantage les motifs de sa décision ; si la loi a été respectée dans sa procédure compliquée, le divorce doit avoir lieu. Mais toutes les formes précédentes sont prescrites à peine de nullité et le divorce doit être rejeté dès qu'une atteinte a été portée à l'une des règles légales (art. 290). La jurisprudence appliquait ce prin-

cipé avec la plus étroite rigueur. C'est ainsi que la nullité d'un divorce fut prononcée par ce que les parties avaient rédigé un acte de partage de la communauté au lieu de procéder à l'inventaire exigé par l'article 279 (1). Il y avait là certainement une exagération, mais l'esprit du temps se dressait de plus en plus contre le divorce, les magistrats suivaient le mouvement de l'opinion et ils ne se montraient point disposés à atténuer le formalisme exagéré qui paralysait le fonctionnement du divorce par consentement mutuel.

Lorsqu'il résultait de l'examen des juges que les parties s'étaient conformées minutieusement à la loi, le tribunal admettait le divorce. Appel était possible, d'ailleurs, de la décision rejetant le divorce. L'appel devait être interjeté par les deux époux, par acte séparé, dans un délai de dix jours au plus tôt et de vingt jours au plus tard à compter de la date du jugement de première instance. L'appel est signifié tant à l'autre époux qu'au Ministère public, art. 292 ; celui-ci communique son dossier au procureur général. Après les conclusions par écrit du Ministère public, le président fait son rapport à la Chambre du Conseil, puis la Cour rend son arrêt

1. Cf. Colondre, *Thèse*, p. 134.

(art. 293), dans les dix jours de la remise de ces conclusions. Le recours en cassation était encore possible, bien que la loi n'en parle pas, il sera formé par les deux époux dans les délais normaux. Enfin, (art. 294), si le juge admet le divorce, il renvoie les parties devant l'officier de l'état civil, qui le prononcera. Dans les vingt jours au plus tard de la date du jugement admettant le divorce, les parties devront requérir, ensemble et en personne, le prononcé du divorce par l'officier de l'état civil. Après ce laps de temps, le jugement est non avenu.

Le divorce par consentement mutuel, réglé avec une semblable sévérité dans sa procédure, produit des effets que la loi indique avec détail. L'article 297 interdit à chacun des époux de contracter un nouveau mariage avant trois ans à partir de la prononciation du divorce. De cette manière, déclarait Treilhard, on ne divorcera pas dans le seul but de satisfaire à une passion nouvelle.

Aux termes des articles 280, 302, 303, les époux s'entendent sur la garde des enfants nés de leur union. Ils conviennent de la remettre soit à l'un d'eux, soit à une tierce personne, mais ils conservent la puissance paternelle, la surveillance et la charge de l'entretien et de l'éducation. La différence avec le divorce pour

cause déterminée s'explique facilement. Dans ce dernier cas, il convient de confier les enfants de préférence à l'époux innocent ; mais la moralité de chacun des époux n'est nullement mise en jeu dans le divorce par consentement mutuel. Rien de plus naturel que de laisser leurs conventions régler le sort des enfants communs. La jouissance légale appartient d'ailleurs aux deux époux divorcés qui ne cessent pas d'exercer la puissance paternelle, mais ils peuvent y renoncer, ou bien en régler l'exercice par une convention préalable, sous peine de nullité à la demande en divorce.

En ce qui concerne les époux, les effets du divorce par consentement mutuel sont les suivants ; ils conservent leurs droits légaux et conventionnels, les avantages qu'ils avaient pu se faire soit par contrat de mariage, soit après leur union. Pour quels motifs en effet ces libéralités auraient-elles été révoquées et une peine civile aurait-elle été prononcée puisqu'il n'existait pas de coupable ?

Une disposition importante décide que la propriété de la moitié des biens des époux sera acquise de plein droit, du jour de leur première déclaration, aux enfants nés du mariage. La nature de cette disposition a suscité des controverses. L'exposé des motifs semble la considé-

rer comme une garantie dont l'effet préventif aboutira à éviter l'abus du divorce par consentement mutuel (1).

L'étendue de ce sacrifice pécuniaire consenti par les époux démontrerait nettement la réalité des causes qui les poussent à recourir à ce mode de dissolution du mariage. Mais cette règle a été considérée quelquefois comme ayant un autre sens : celui d'une déchéance analogue à celle de l'article 301, encourue par les époux au profit des enfants, qui obtiennent ainsi une compensation aux inconvénients résultant pour eux du divorce de leurs parents. M. Bufnoir a vu notamment dans ce texte une application de la théorie générale des peines privées dont quelques auteurs admettent la persistance dans notre droit actuel (2). M. Bufnoir considère que les déchéances ou obligations pécuniaires, pouvant atteindre l'un des conjoints, celui auquel est imputable la rupture du lien conjugal, présentent nettement le caractère d'une peine civile (3). D'ailleurs quel que soit le caractère de cette disposition, l'article 305 ajoute que les père et mère conserveront néanmoins la jouissance

1. Locré, t. V, p. 303 et aussi p. 285 à 313.

2. Hugueney, Jacomet, *La peine civile*, thèses de Lyon, 1902 et de Paris, 1904.

3. *Bul. de la Soc. de lég. comp.*, 1892, p. 170.

de cette moitié jusqu'à la majorité de leurs enfants à la charge de pourvoir à leur nourriture, leur éducation, conformément à leur fortune.

Il y a lieu de noter, d'ailleurs que, si le consentement mutuel a été rétabli en 1804 comme cause de divorce, il n'a point été étendu à la séparation de corps. C'était la conséquence de la défaveur dont la séparation de corps était entourée dès cette époque. Treilhard avait indiqué, dans les travaux préparatoires qu'elles présentait tous les inconvénients du divorce sans en offrir les avantages. On lui reprochait de violer la liberté des époux en imposant le célibat.

Sans doute, ajoutait Treilhard, la séparation de corps laisse toujours une réconciliation possible ; mais combien de séparations et combien peu de rapprochements (1) Une autre raison historique de l'exclusion du consentement mutuel comme cause de séparation de corps a été donnée par Proudhon. Pour lui, la séparation de corps fut admise en 1804 par respect de la liberté de conscience, puisque la religion catholique n'admettait pas le divorce ; mais elle fut organisée avec les caractères qu'elle possédait dans le droit canon, qui la permettait seulement pour

1. *Séance du corps législatif* du 23 ventôse, an II ; Locré, t. II, p. 609.

causes déterminées et non point par consentement mutuel (1). Enfin, Treilhard a indiqué encore que, la séparation de corps entraînant la séparation de biens, il était possible à des époux de mauvaise foi d'en abuser pour léser les créanciers. A quoi Laurent objecte qu'il était très simple d'accorder aux créanciers le droit d'intervenir dans l'instance en séparation de corps (2). Il semble qu'en réalité, le vrai motif a été en 1804 de restreindre la séparation de corps uniquement parce qu'elle n'apparaissait pas comme une solution équitable et heureuse des conflits matrimoniaux. Mais la séparation de corps était possible pour les trois causes déterminées susceptibles d'entraîner le divorce (l'adultère, les excès, sévices et injures graves, la condamnation de l'un des époux à une peine infâmante).

Telle a été la réglementation du divorce par consentement mutuel dans le Code civil de 1804; quel est exactement le caractère de cette cause de divorce? Est-ce bien une cause distincte? A lire l'énumération du code, la réponse affirmative semble certaine, et cependant il est per-

1. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, 3^e édition, 1842, p. 532.

2. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. III, p. 368.

mis d'en douter. Le consentement mutuel, affirme Loqué, n'est que la cause d'une autre cause légitime (1). Le consentement mutuel aurait ainsi pour but d'éviter la preuve directe de certaines de ces causes déterminées comme les excès ou l'adultère : « Le mot vague d'excès, expose Treilhard, cache un attentat à la vie, comment veut-on qu'un époux allègue une cause de divorce, qui, si elle est prouvée, conduira son conjoint à l'échafaud ? La publicité serait fatale pour l'innocent et pour la famille aussi bien que pour le coupable. Il en est de même pour l'adultère, non que la peine soit aussi grave, mais, dans nos mœurs, le mari qui accuse sa femme se couvre de honte et de ridicule. Ne serait-ce pas un bien, si, dans des cas semblables, le divorce pouvait avoir lieu sans éclat et sans scandale » (2). Et le premier Consul avait affirmé également que le consentement mutuel n'est pas la cause du divorce, mais un signe qu'il était devenu nécessaire. Ainsi le consentement mutuel aboutira, dans son fonctionnement pratique, à recouvrir une cause déterminée ; il dissimulera ainsi dans l'esprit du

1. *Esprit du Code civil*, p. 531, n° 13.

2. Loqué, t. V, p. 303.

législateur de 1804 le motif d'incompatibilité d'humeur (1).

Il n'est pas contestable, en effet, que, si le Code civil a supprimé le divorce fondé sur incompatibilité d'humeur unilatérale, il ait considéré que le consentement mutuel dissimulerait l'incompatibilité d'humeur réciproque des époux. La preuve en est dans l'article 233, aux termes duquel « le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce ». En réalité, ce motif de divorce n'apparaît donc point comme ayant une existence indépendante ; il se rattache, au fond des choses, soit à une cause déterminée et il offre alors l'avantage de supprimer les difficultés de la preuve ; ou bien il se confond avec l'incompatibilité d'humeur dont il est la constatation suffisamment probante.

Ainsi conçu et réglementé, le divorce par consentement mutuel n'a reçu qu'une application des plus restreintes. Le législateur avait prescrit un si grand nombre de conditions ; il

1. *Discours de Gillet*, cité par Dalloz, *Rép.* v° Séparation de corps et divorce, p. 895.

avait, de l'aveu même de Treilhard, vendu si chèrement le divorce par consentement mutuel qu'il était bien difficile de s'en servir, les époux préféraient de beaucoup l'allégation d'une injure grave ou l'adultère simulé aux ennuis et aux longueurs du divorce par consentement mutuel. « Les formalités de ce divorce étaient si vexatoires, disait M. Letellier à la Chambre des députés le 5 juin 1884, les charges qu'il imposait aux époux divorcés étaient si lourdes qu'en fait, dans les pays où ce mode de divorce existe tel qu'il avait été réglé par la loi de 1803, on n'en use pas ou presque pas ; en Belgique, c'est à peine si, sur 100 divorces, on en compte 2 obtenus par la voie du consentement mutuel ; en Roumanie, on en compte 1 sur 200 » (1). Sous un régime aussi sévère, le nombre des divorces fut des plus restreints. nous croyons même que le seul enregistré par la statistique a été celui de l'empereur Napoléon et de l'impératrice Joséphine (2). Il est vrai que, pour M. Glasson, l'histoire en aurait enregistré quelques autres, il estime même que la moyenne de ces divorces fut à Paris d'une cinquantaine par an (3). Quoi-

1. Cité par Colondre, *Thèse*, p. 439.

2. Cf. Colondre, *loc. cit.*

3. *Mariage et divorce*, p. 266.

qu'il en soit il n'est point téméraire de conclure que l'application du Code civil ne donna lieu qu'à un nombre extrêmement minime de divorces de cette nature.

CHAPITRE V

LE DIVORCE ET LA LOI DU 8 MAI 1816

Avec la restauration, le catholicisme redevint religion d'Etat. Dès lors, il est facile de comprendre que les catholiques intransigeants aient entamé immédiatement une vigoureuse campagne contre le divorce. Dès après les 100 jours, le 21 décembre 1815, M. de Bolnald déposa à la Chambre des députés une proposition réclamant la suppression des articles du Code relatifs au divorce. Le 19 février 1816, M. de Trinquelague lut son rapport sur la question et il conclut à l'adoption. La discussion se continua le 2 mars, et, dans cette séance, la proposition fut adoptée à la Chambre des députés par 199 voix contre 22. La transmission eut lieu le 12 mars à la Chambre des pairs, qui la discuta le 19 et l'adopta par 113 voix contre 10. Le 22 avril, le comte Dubouchage présenta, par

ordre du roi, à la Chambre des pairs un projet de loi conforme à la résolution. Un rapport fut lu par le comte de Lamoignon le 25 avril. Les objections contre le divorce n'y étaient pas épargnées, aussi le projet de loi fut-il adopté presque sans modification par 197 voix contre 12 à la Chambre des pairs. Le projet revint devant la Chambre des députés, dans sa nouvelle forme, le 26 avril (*Moniteur* du 27) et, cette Chambre le vota définitivement le 27 par 225 voix contre 11, sans qu'il y eut au fond de protestations véritables, les opposants ayant indiqué qu'ils critiquaient non pas le fond, mais la forme de la loi. Cependant celle-ci était des plus simples dans sa rédaction, car elle ne comprenait que trois articles qui n'étaient pas susceptibles d'engendrer des difficultés, et l'article I était ainsi conçu : « Le divorce est aboli », et les deux autres textes se bornaient à édicter des mesures transitoires.

Comment faut-il juger le caractère de la réforme de 1816? On a avancé souvent qu'elle avait été l'œuvre d'une réaction religieuse intolérante et du désir aveugle d'anéantir toutes les institutions qui avaient leur origine dans la Révolution. Et, à la vérité, il faut convenir que l'initiative du mouvement a été prise par un homme dont les convictions catholiques sont

notoires, M. de Bonald. D'autre part, le fait que le premier rapport à la Chambre des députés fut présenté par M. de Trinquelague, magistrat bien connu à l'époque pour ses idées d'intolérance (il avait siégé comme procureur du roi à Nîmes, lors des attentats de Trestaillon), serait de nature à fortifier la croyance que la loi de 1816 se présente avant tout comme l'épisode d'une lutte religieuse. Il est possible en effet que la réaction religieuse ait pris une part au renversement du divorce. Mais il n'est pas moins certain que l'opinion presque unanime à cette époque, sans distinction de parti politique ou religieux, se prononçait nettement contre le divorce, et ce fut sans aucune crise, sans aucune protestation, que la loi nouvelle fut acceptée par la France entière. Dans un très remarquable article, M. Ambroise Colin a indiqué nettement les véritables motifs de la loi célèbre de 1816. Elle a été comme l'aboutissant d'un mouvement qui animait non seulement les grandes villes, mais aussi les campagnes et qui, depuis l'époque du Directoire, se dressait contre le divorce et ses abus aux premiers jours de la Révolution. On ne pourrait expliquer autrement l'immense majorité obtenue par la loi à la Chambre des députés. Ce courant d'idées est attesté d'ailleurs par l'examen des travaux préparatoires de

la loi de 1816. On ne se borna nullement, dans les discours préalables au vote définitif, à des déclamations politiques ou religieuses. On fit valoir l'intérêt des enfants et l'unité nécessaire de la famille. C'est ce qui ressort d'abord du discours prononcé par de Trinquelague à la Chambre des députés : « L'objet du mariage n'est pas seulement de donner l'existence à des enfants, il est encore de les élever, de les conserver, de les rendre propres à devenir eux-mêmes les chefs d'une nouvelle famille et de perpétuer ainsi le genre humain. L'union des époux doit donc nécessairement se prolonger pendant tout le temps que cette éducation exige. Mais ce qui a été fait pour un enfant, il faut le recommencer pour l'autre. La nécessité de rester unis se reproduit donc par l'effet de cette union même. Et c'est ainsi que cette admirable chaîne, s'étendant successivement, embrasse la plus grande partie de la vie et laisse à l'autre la douceur des souvenirs ». M. Ambroise Colin remarque fort justement qu'en parlant ainsi, de Trinquelague ne s'exprime pas autrement que Portalis dans son discours au Corps législatif sur l'organisation des cultes (1). C'est la même

1. Ambroise Colin, L'élargissement du divorce. *Revue de Paris*, 1^{er} octobre 1906, p. 542 et sq. notamment p. 547, note 1.

tendance que l'on retrouve dans le discours de Lamoignon à la Chambre des pairs : « Il est certain que le divorce est contraire à l'affection conjugale ; il est certain qu'il provoque l'inconstance, qu'il empêche de bien assortir les mariages, qu'il est souvent une source d'injustice et qu'enfin il est contraire au bonheur des époux, au bonheur des enfants, au bonheur des familles, aux bonnes mœurs, et par conséquent à la population ».

En résumé, si l'abolition du divorce en 1816 doit être attribuée, dans une certaine mesure, à l'action du catholicisme comme religion d'Etat, il n'est pas moins certain qu'elle peut être imputée aussi aux abus de la période révolutionnaire. La réforme n'a pas été seulement, comme on l'a prétendu, l'œuvre des tenants de la réaction et de l'obscurantisme catholique, elle a été l'expression de l'opinion et de la volonté du pays, qui ne s'est point autrement ému du vote d'une loi nettement désirée à l'époque par l'unanimité des citoyens. C'est ainsi que, dans le seul département de l'Aveyron, de 1792 à 1816, deux divorces seulement avaient été prononcés. Il semble donc que l'institution n'avait pas été franchement acceptée par les campagnes.

CHAPITRE VI

LE RÉTABLISSEMENT DU DIVORCE

§ 1^{er}. — *Premières tentatives de 1831, 1833, 1834, 1848, 1871*

Mais bientôt on essaya de ressusciter un courant d'opinion en faveur du rétablissement du divorce. La première tentative eut lieu dès 1831. Le gouvernement de juillet avait en effet supprimé toute religion d'Etat ; il n'y avait plus de raison politique ni religieuse qui s'opposât au rétablissement du titre 6 du livre I du Code civil dans son intégrité. Ce fut M. de Schoenen, qui se présenta comme le premier champion du divorce. Il déposa, le 11 août 1830, à la Chambre des députés une proposition de loi ainsi conçue : Art. 1^{er}. La loi du 8 mai 1816 qui abolit le divorce est rapportée.

Art. 2. Les dispositions du titre 6 du livre I du Code civil reprennent, à dater de la présente

loi, leur force et vertu. Cette proposition fut prise en considération par la Chambre des députés le 18 août 1831, à la suite d'un discours de M. de Schœnen, qui admettait même le divorce par consentement mutuel : « Quant au consentement mutuel, qui paraît au premier coup d'œil une déviation du principe d'indissolubilité, il est facile de prouver le contraire ». Le législateur a senti qu'il y avait des malheurs intérieurs, des situations intimes qui rendraient la vie commune insupportable et dans lesquels il ne pourrait entrer : d'un autre côté, il a senti que certains préjugés sociaux ne permettraient pas à quelques personnes de recourir aux tribunaux pour cause déterminée ; il a voulu soutenir le malheur, le malheur honteux de se produire et d'autant plus malheur ; et il s'est dit : « J'environnerai ce consentement de telles précautions, je le soumettrai à de telles formalités gênantes, à des inconvénients si graves pour la fortune des époux que le magistrat, en prononçant dans ce cas le divorce sollicité, ne courra pas le risque de satisfaire un caprice, mais qu'il cédera à une nécessité impérieuse reconnue par les époux, par leurs parents, et que le temps aura même consacrée... »

Le projet de M. de Schonen consacrait ainsi le divorce par consentement mutuel. La prise

en considération de la proposition fut adoptée sans débat. Une commission fut nommée, le 20 août 1831, pour l'examiner et le rapport, confié à Odilon Barrot, fut lu le 20 novembre de la même année. Le rapporteur admettait également le consentement mutuel comme cause de divorce : « Restait la cause de divorce improprement appelée par consentement mutuel, car le consentement seul des époux ne suffit pas dans nos lois pour motiver le divorce, c'est là surtout que, dans les discussions du Conseil d'Etat et du Tribunat, s'est établie une controverse célèbre : la majorité de votre commission s'est encore déterminée en faveur du système du Code civil. Elle a été surtout déterminée par la considération qui avait paru toute puissante aux auteurs de ce Code et qui n'a rien perdu de sa puissance : celle puisée dans la susceptibilité de nos mœurs et de ce point d'honneur qu'on ne détruirait pas impunément en France. Aujourd'hui que la presse périodique produit au grand jour même les débats les plus intimes, il se rencontrerait une répugnance plus vive que jamais à traduire en public les malheurs domestiques, ou, si ce sentiment de pudeur venait à être surmonté, la multiplicité des débats plus ou moins scandaleux qu'entraînerait la nécessité de prévenir et de prouver les causes

de divorce ne tournerait certainement pas au profit des mœurs publiques. Il y a d'ailleurs des cas, et ce sont les plus graves, où il est absolument impossible que l'époux dénonce à la justice les attentats dont il est victime, au risque de faire monter sur l'échafaud le père ou la mère de ses enfants. Il fallait donc bien que la loi permit aux époux de cacher les causes réelles de divorce ; mais elle a dû aussi multiplier les épreuves de manière à obtenir la presque certitude que le divorce ne sera demandé dans cette forme que lorsqu'il existera des causes tellement graves que le silence permis à l'époux demandeur est commandé par leur gravité même. Les épreuves longues et successives auxquelles la demande est soumise, la nécessité du consentement persistant des deux époux et de leur famille respective, l'intervention et l'appareil de la magistrature à chacune des épreuves, et surtout le partage de présuccession qui saisit les enfants de la moitié du patrimoine au moment même du divorce, toutes ces garanties nous ont paru suffisantes et il ne paraît pas que l'expérience ait démenti pendant près de 15 ans les sages précautions du législateur ».

La discussion eut lieu dans les séances des 10 et 13 décembre et se termina par l'adoption du projet ; mais la Chambre des pairs ne parut

pas accueillir avec enthousiasme la proposition qui lui avait été renvoyée. La discussion s'y engagea dans les séances des 28 et 29 mars 1832 ; elle porta notamment sur l'admission du consentement mutuel comme cause de dissolution du mariage. Daguillon-Pujol prononça un discours contenant le passage suivant : « Le consentement mutuel a été admis non comme une cause de divorce (il aurait alors véritablement dénaturé le mariage) ; mais comme preuve d'une autre cause légitimement existante ; comme moyen de couvrir des causes honteuses. Le divorce par consentement mutuel doit-il être admis lorsqu'il y a des enfants nés du mariage ? Cette question fut vivement débattue au Conseil d'Etat et au Tribunat, et elle divisa les meilleurs esprits. Là se présenta avec toute sa force l'argument de la rescision du contrat par la seule volonté des époux, au préjudice des enfants qui ne sont pas moins que les époux parties au contrat. Il fut répondu que, le divorce par consentement mutuel étant institué principalement pour couvrir les causes déterminées qu'il serait honteux d'alléguer, l'existence des enfants, loin d'être un motif de le défendre, était au contraire une raison de l'admettre, puisqu'il leur épargnait la honte d'entendre divulguer la conduite scandaleuse de leur père ou de leur mère ; que le plus

souvent la publicité des désordres intérieurs déshonorerait les enfants, flétrirait particulièrement les filles, les couvrirait de la honte de leur mère et les condamnerait au célibat ».

La proposition de M. de Schoenen contenait notamment un article 6 portant que : « l'article 277 du Code civil qui interdit toute demande en divorce par consentement mutuel après 20 ans de mariage, ou lorsque la femme a 45 ans, ne sera pas applicable aux demandes qui seront formées dans les 6 mois de la promulgation de la présente loi. » Ce texte suscita un amendement de M. Roger : « L'article 277 est rapporté dans ses dispositions qui prohibent le divorce par consentement mutuel, lorsque la femme a 45 ans. La disposition du même article, qui interdit le divorce après 20 ans de mariage, ne sera pas applicable aux demandes qui seront formées dans les 6 mois de la promulgation de la présente loi ». M. Roger appuyait son amendement sur les arguments suivants : l'article 277, qui interdit le divorce par consentement mutuel quand la femme a 45 ans, ne s'explique pas : lors de la discussion du Code civil, on n'en a donné aucun motif. Toullier dit : « Le motif de cette seconde disposition ne nous a pas été transmis dans les discussions, et il est difficile de la donner » (1). Del-

1. *Droit civil*, t. II, p. 74.

vincourt se borne à dire de son côté « qu'il ne voit pas la raison qui a pu déterminer à exiger que, pour divorcer, la femme n'ait pas plus de 45 ans. » Si une femme de 45 ans est victime de sévices graves y sera-t-elle moins sensible qu'une femme plus jeune ? Est-ce que la gravité de son âge ne la rend pas plus sensible aux injures ? Ne devra-t-elle pas plus redouter à cet âge l'éclat et le scandale d'un divorce ?

Malgré ces raisons, l'amendement Roger fut rejeté, ainsi d'ailleurs, que l'ensemble de la proposition, par la Chambre des pairs les 28 et 29 mars 1832.

Cependant les partisans du divorce ne se découragèrent pas. La même année 1832, M. Bavoux saisit de nouveau la Chambre d'une demande de rétablissement de l'institution, le 22 décembre ; elle est prise en considération le 26 décembre 1832, discutée et adoptée le 23 mars 1833 par la Chambre des députés (par 174 voix contre 74). La proposition, qui ne contenait qu'un article unique « les dispositions du Code civil sur le divorce sont rétablies ; en conséquence la loi du 8 mai 1816 est abrogée » n'aboutit pas à la Chambre des pairs et celle-ci ne se montra pas plus favorable à une deuxième proposition du même député, que la Chambre

des députés avait votée dans la séance du 24 février 1834 (2).

Il faut arriver ensuite à 1848 pour rencontrer une nouvelle tentative de rétablissement du divorce. A l'Assemblée du 26 mai, le ministre de la justice Crémieux présenta, au nom du gouvernement, un projet ainsi conçu : « Article premier. La loi du 8 mai 1816, qui abolit le divorce, est rapportée. En conséquence, les dispositions du titre 6, livre I, du Code civil reprennent leur force à compter de la promulgation de la présente loi. Art. 2. L'article 310 du Code civil est modifié comme il suit : tout jugement de séparation de corps devenu définitif depuis 3 ans sera converti en divorce, sur la demande formée par l'un des deux époux, sur requête et assignation à bref délai. Le jugement qui prononcera le divorce sera rendu à l'audience. L'époux condamné pour adultère n'est pas admis à réclamer le divorce ». Une commission fut chargée d'examiner le projet, mais le président déclara à l'Assemblée, le 23 septembre 1848, que le projet de loi était purement et simplement retiré par le gouvernement, qui avait dû

1. *Moniteur Universel*, années 1831, p. 1352, 1443, 2239, 2341, 2381, 2408, 2429 ; 1832, p. 886, 897, 2207, 2245 ; 1833, p. 609, 813, 817, 822, 868, 896, 1251, 1333, 1448, 1482, 1536, 1735 ; 1834, p. 182, 378, 412, 430, 512.

se rendre compte que l'opinion publique n'était pas favorable à la réforme.

Il faudrait maintenant arriver à la campagne célèbre qui a illustré le nom de M. Naquet, si l'on ne devait auparavant une petite mention à une tentative de rétablissement du divorce sous la commune de Paris. L'auteur de cette proposition originale fut le citoyen Vésinier, qui prit la parole, à la séance du 17 mai 1871, pour demander que la célébration du mariage fut en même temps simplifiée et que les futurs époux fussent dispensés du consentement de leurs parents : « Il aurait été permis, écrit M. Glasson, à chaque époux de demander sans l'assentiment de l'autre la dissolution du mariage pour incompatibilité d'humeur. Dans ses actes la commune de Paris alla plus loin : elle assimila sous certains rapports le mariage et l'union libre en leur reconnaissant les mêmes effets. Un arrêté ayant accordé une indemnité journalière aux femmes des gardes nationaux, la Commission exécutive donna l'ordre aux délégués aux mairies de ne faire aucune distinction entre les femmes, dites illégitimes, vivant maritalement et les autres » (1). Il est assez curieux de constater que les tentatives en faveur du divorce se sont

1. Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, p. 491, note 1.

toujours produites à la suite d'une crise politique; (dans un discours prononcé le 28 janvier 1875, M. Laboulaye remarquait cette connexité : « Il y a, disait-il, à la suite des révolutions une loi, toujours la même, qui répare et montre l'état des esprits, c'est la loi du divorce ». Mais, sauf la tentative faite sous la commune, la question du divorce sommeillait depuis 1848.

§ 2. — *La campagne de M. Naquet.*
La loi de 1884

Avec la troisième république, M. Naquet se fit l'apôtre du divorce et il commence avec un zèle inlassable une lutte qui devait aboutir à la loi du 27 juillet 1884.

La campagne de M. Naquet dura huit ans. Il se montra très radical dans sa première proposition, qui admettait le divorce de la manière la plus large, mais il dut, par la suite, par des éliminations successives, en restreindre la portée trop absolue (1). M. Naquet était d'autant plus qualifié pour prendre la tête du mouvement en faveur du divorce qu'il avait en 1868 exposé ses idées sur le mariage dans un ouvrage intitulé :

1. Cf. *L'historique des vicissitudes de la loi de 1884*, dans Naquet, *La loi du divorce*, Paris, 1903.

« *Religion, propriété, famille* », où il demandait la suppression même du mariage. On conçoit, dès lors, que, par la suite, il ait cherché au moins à en affaiblir les effets.

Le premier projet de M. Naquet en date du 6 juin 1876 fut de beaucoup le plus audacieux : Il revenait purement et simplement à la loi du 20 septembre 1792 ; la liberté la plus large était accordée aux époux pour divorcer : divorce par consentement mutuel ; divorce par la volonté d'un seul (ou pour incompatibilité d'humeur), augmentation du nombre des causes déterminées de divorce, tout était calculé pour assurer la fortune de l'institution. Pour le divorce par consentement mutuel, il n'exigeait que trois comparutions devant le président du Tribunal à des intervalles qui ne pouvaient être moindres de deux mois de sorte qu'un délai de six mois se soit écoulé entre la première et la troisième comparution. Dans la quinzaine du jour où étaient révolus les six mois, les époux devaient en présence de deux témoins, requérir du président du Tribunal l'admission de leur demande en divorce, demande qui était admise ou rejetée dans les trois jours par le Tribunal en la Chambre du Conseil : dans les vingt jours suivants les parties devaient se présenter devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer leur divorce.

Quant aux causes de divorce, M. Naquet en ajoutait quelques-unes, comme l'adultère (aussi bien de l'homme que de la femme), la démence, l'abandon pendant un an, le refus du mari de subvenir aux besoins de sa femme, l'absence pendant deux ans, l'impuissance antérieure ou postérieure au mariage, les infirmités postérieures au mariage ou inconnues de l'autre conjoint au moment de la célébration, les calomnies et fausses dénonciations, l'acquisition d'un gain déshonnête, l'ivrognerie habituelle se continuant pendant deux ans, les dissentiments religieux, et il terminait cette longue liste par cette formule qui excluait toute limitation : « Toute cause non prévue qui paraîtra au Tribunal de nature à atteindre le lien conjugal ». Mais la proposition n'eut jamais les honneurs de la discussion ; M. Constans, chargé par la Commission d'un rapport à la Chambre des députés, avait conclu au rejet pur et simple de la proposition le 4 décembre 1876 (1). Là-dessus éclatèrent les événements du 16 mai 1877 et le divorce fut momentanément perdu de vue.

M. Naquet comprit alors que ses idées étaient vouées à un échec certain s'il ne leur apportait

1. *Officiel* des 22, 23, 25, 26, 28 juin 1876 et 10 décembre 1876.

certain tempéraments. Il se décida donc à sacrifier une partie de ses revendications et, le 21 mai 1878, il déposait une proposition tendant au rétablissement du titre 6 du Code civil, mais avec quelques modifications. L'auteur rapporte dans *La Loi du Divorce*, p. 5, que, si, primitivement, il s'était rapproché le plus possible de la législation de 1792, il constata avec regret que sa proposition initiale fut accueillie comme une excentricité par ses collègues et par le pays. Aussi accorde-t-il de nombreuses concessions à l'opinion publique (1). 1° L'adultère du mari devenait, comme celui de la femme, une cause de divorce dans les mêmes termes ; il n'était plus nécessaire que le mari eut tenu sa concubine dans la maison conjugale conformément à l'article 230 ; 2° l'aliénation mentale persistant pendant deux ans et plus était érigée en cause de divorce ; 3° il en était de même de l'absence déclarée et aussi 4° des dissentiments religieux survenus après l'union conjugale et prouvés soit par le changement de religion de l'un des époux, soit par la religion imposée aux enfants à l'insu de l'autre, soit par l'aveu des parties ; enfin 5° il maintenait abrogés les articles 276 et 277 du Code portant que le divorce par consentement

1. *Officiel* du 1^{er} juin 1878.

mutuel ne pourra être admis qu'après deux ans de mariage et ne pourra plus l'être après vingt ans, ou quand la femme aura 45 ans ; il espérait ainsi rendre ce mode de divorce plus accessible (1). Mais les concessions consenties par M. Naquet n'eurent cependant pas pour résultat de lui attirer la popularité sur laquelle il comptait.

Le 13 mars 1879, M. Hippolyte Faure déposa au nom de la commission d'initiative parlementaire un rapport concluant au rejet pour des motifs d'inopportunité : l'instant lui paraissait mal choisi pour s'occuper du problème ; il y avait, disait-il, de nombreuses réformes plus urgentes et que la nation réclamait, tandis qu'elle n'attendait pas avec anxiété la solution de la question du divorce (2). A la Chambre la discussion s'ouvrait le 27 mai 1879. M. Naquet avait contre lui la plupart des députés, qui redoutaient de prendre parti sur une question que leurs électeurs ne leur avaient pas donné mandat de traiter. Cependant, en raison de l'agitation qui commençait à se produire autour du divorce, au moins dans la littérature (Augier, Al. Dumas, Legouvé se montrèrent favorables à la restaura-

1. *J. O.*, annexe au procès-verbal de la séance du 21 mai 1878, p. 2022 et 2855.

2. *J. O.* du 29 mars 1879.

tion du divorce) et aussi grâce à son éloquence personnelle, M. Naquet réussit à faire prendre sa proposition en considération. Une commission spéciale fut nommée pour l'examiner et M. Léon Renault fut chargé du rapport, qui fut déposé le 15 janvier 1880 (1). Ce rapport, très long et très approfondi, rétablissait le titre 6 du livre I du Code civil mais avec quelques modifications. Les dissentiments religieux et l'aliénation mentale n'étaient plus au nombre des motifs du divorce, mais, parmi les causes de divorce, venaient prendre place la condamnation d'un des époux à une simple peine correctionnelle pour vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur, l'absence de cinq années sans nouvelle, et, enfin le divorce par consentement mutuel était élargi ; il devenait possible même avant deux années de mariage ou après vingt ans et quel que fut l'âge de la femme. L'article 295 interdisant aux époux de se réunir était modifié ainsi :

« Les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir si l'un ou l'autre a postérieurement au divorce contracté une nouvelle union.. Après la réunion des époux il ne sera reçu de leur part aucune nouvelle

1. *J. O.* des 31 janvier et 1^{er} février 1880,

demande pour quelque cause que ce soit autre que celle d'une condamnation à une peine infâmante prononcée contre l'un d'eux depuis leur réunion ».

En même temps que la commission examinait sa proposition, M. Naquet parcourait les différentes régions de la France, organisant des réunions publiques où il essayait de propager ses idées. A différentes reprises, la Chambre refusa d'aborder la discussion du rapport de M. Léon Renault (1) de sorte que les débats ne s'ouvrirent que le 5 février 1881. La campagne acharnée menée dans le pays par M. Naquet et ses amis avait fini par secouer l'indifférence générale d'autant plus qu'avec une grande habileté l'auteur de la loi du divorce présentait partout sa proposition comme une conquête de la Révolution qu'il fallait restaurer et comme une victoire à gagner sur l'obscurantisme de la réaction. De cette manière, il reçut l'adhésion de personnes qui, sans la couleur politique donnée au mouvement pour le divorce, n'auraient jamais songé à lutter en sa faveur.

Le premier orateur inscrit à la discussion devant la Chambre fut M. Louis Legrand qui

1. Naquet, *La loi du divorce*, p. 34.

combattit la proposition à la séance du 5 février 1881 (1).

Mais, le 7 février, MM. Léon Renault et Naquet parlèrent en sens contraire. M. Legrand déclarait qu'il était impossible d'assimiler le mariage aux autres contrats pour le soumettre à leurs règles. De plus, il considérait que les innovations apportées au divorce par consentement mutuel attribuaient « au divorce le plus redoutable un développement des plus dangereux ». Mais M. Renault répondit en citant le discours de Treilhard et les arguments produits par ce dernier en faveur du divorce par consentement mutuel. Sans admettre d'ailleurs la conception du mariage-contrat chère à M. Naquet, il se déclarait, au nom de l'utilité sociale, partisan du rétablissement, de la remise en vigueur du titre 6 du livre I du Code civil. Par 241 voix contre 213, la Chambre résolut de passer à la discussion des articles. Le divorce rencontra de vives résistances, même parmi les membres du gouvernement. Cette opposition émana surtout de M. Cazot, ministre de la Justice, qui combattit le divorce, estimant qu'il fallait « sacrifier quelques souffrances individuelles au maintien de l'institution du mariage qui est la source des

1. *J. O.* du 6 fév., p. 458.

familles et la pierre angulaire de l'Etat ». Le même jour, M. Brisson intervint vigoureusement en faveur de l'indissolubilité du mariage. De tous temps, en effet, le divorce a rencontré des adversaires décidés, non seulement parmi les catholiques, mais même parmi les libres-penseurs. M. Brisson montra que le divorce n'était nullement réclamé par les mœurs; il ajouta que, si le divorce existait, il n'en demanderait peut-être pas la suppression, mais qu'il était préférable de ne pas le permettre. Le discours de M. Brisson entraîna la conviction de la Chambre, qui rejeta l'ensemble de la proposition par 247 voix contre 216, le 8 février 1881. M. Brisson avait proscrit notamment le consentement mutuel. « Ne sentez-vous pas que vous n'aurez jamais le consentement de celui qui torturera l'autre..... Nous verrons plus tard dans quel cas le consentement mutuel interviendra ». Il invoquait aussi cet argument : un époux qui voudra se débarrasser de son conjoint lui infligera mille vexations, mille tortures pour lui arracher son consentement. Si le divorce n'existe pas, le volage époux ne pouvant rompre sa chaîne ne cherchera pas à se libérer par ces coupables moyens et le ménage subsistera.

Mais l'importance de la minorité qui avait été battue empêcha M. Naquet de perdre son assu-

rance et, le 11 novembre 1881, M. Naquet déposait son troisième projet en faveur du divorce (1). Les élections de 1881, qui avaient eu lieu dans l'intervalle, n'avaient nullement agité la question du divorce ; elle ne figurait pas dans la plupart des programmes, ce qui prouve bien que le public se désintéressait de la campagne menée par M. Naquet ; cependant celui-ci ne se décourageait pas et son troisième projet se bornait à tenir compte des amendements introduits par la dernière commission. M. de Marcère déposa, le 14 mars 1882, un rapport favorable (2). La commission n'était guère composée que de partisans du divorce. M. de Marcère défendit le divorce en général par le motif que « il y a des nécessités devant lesquelles l'absolu doit céder sous peine d'être absurde et odieux », et ensuite le consentement mutuel comme cause de divorce. « L'opinion publique, déclare-t-il, se montre parfois hésitante à l'égard du divorce par consentement mutuel, parce qu'elle se méprend sur le sens de ces mots. Tous les documents législatifs antérieurs l'ont pourtant déterminé et l'erreur persiste, et l'on est, dans le monde, porté à confondre le consentement

1. *Officiel* du 22 nov. 1881, annexe n° 53.

2. *J. O.*, du 14 mars, annexe n° 601, p. 808 et sq.

mutuel avec l'incompatibilité d'humeur qui, en effet, si elle était admise parmi les causes de dissolution du mariage, pourrait nous conduire au régime des unions libres. Il faut donc leur dire : Le consentement mutuel a été établi comme une cause de divorce précisément là où les motifs qui le rendent nécessaires sont les plus graves. Ce sont les cas où les époux ne pourraient, sans manquer à des devoirs d'honneur ou de pudeur insurmontable, révéler les actes qui ont opéré leur désunion..... Il y a des choses qu'on ne peut pas, il y en a qu'on ne doit pas dire. Les époux connaissent seuls les faits qui ont motivé dans leur cœur des ressentiments inexorables. Ils pourront obtenir le divorce par le consentement mutuel. Le danger, pour le législateur, était de se prêter, par un accommodement trop facile, à des passions sans excuse, à des entraînements frivoles, à la mobilité des volontés capricieuses échappées à toute règle. Aussi a-t-il, pour ces cas exceptionnels, multiplié les garanties sociales par des formalités longues et difficiles à remplir..... Nous avons cru pouvoir cependant supprimer une des conditions imposées par le Code aux époux. L'article 277 dispose que le consentement mutuel ne pourra plus être admis après vingt ans de mariage, ni lorsque la femme aura 45 ans, cette

exception nous a paru peu justifiable. En ce qui concerne la femme, la raison tirée de l'âge qu'elle a atteint ne rentre nullement dans l'ordre des idées où l'on se place lorsqu'on s'occupe des dissentiments qui peuvent diviser les époux. En second lieu, il se peut qu'ils aient supporté pendant vingt ans la vie commune en vue de l'éducation et de l'avenir de leurs enfants, mais qu'après de longues souffrances endurées, ils aspirent légitimement à recouvrer leur liberté, jusqu'alors sacrifiée à des devoirs dont l'accomplissement les honore. On retourne contre eux le mérite qu'ils ont eu, en méconnaissant que la constance, si ferme qu'elle soit, peut avoir un terme, surtout quand les raisons qui la soutenaient n'existent plus » (1). A la discussion, les 6 et 8 mai, l'opinion de la Chambre se prononça nettement pour le divorce et, par 333 voix contre 122, les députés passèrent à la discussion des articles.

Après un rapport supplémentaire de M. de Marcère, le projet revint en seconde délibération à la Chambre le 13 juin 1882. Il fut discuté dans les séances des 13, 15, 17 et 19 juin 1882. Les débats donnèrent lieu à des joutes oratoires très brillantes. Mgr Freppel prit le premier la parole

1. *J. O.*, *loc. cit.*, p. 811.

contre le principe du divorce. Mais les deux discours les plus importants furent ceux que prononcèrent, au sujet du divorce par consentement mutuel, MM. Eugène Durand et Léon Renault, le premier contre le rétablissement du titre 6 du liv. I du Code civil, le second en sa faveur. M. Durand fit valoir d'abord, contre le divorce par consentement mutuel, l'intérêt des enfants, qui, disait-il, sont aussi parties dans le contrat, il faudrait donc leur consentement pour rompre le mariage, car l'enfant a droit à la famille qu'on lui enlève sans le consulter. On a dit aussi que le divorce par consentement mutuel empêchait le scandale et garantissait le secret de famille, mais M. Durand remarquait qu'on pouvait aboutir au même résultat en instituant le huis-clos. Quant aux garanties apportées par la loi contre un entraînement possible, M. Durand observait que, la loi de 1792, qui admettait le divorce avait pris les mêmes précautions, sans cependant empêcher les abus que l'on sait. L'intervention même des ascendants ne serait d'aucun secours, ils peuvent ne plus exister au moment où se produit le différend dans le ménage. « De plus, ajoutait M. Durand, vous n'exigez pas leur présence devant le président du tribunal, une simple autorisation écrite suffit. En outre, les ascendants épouse-

ront naturellement la cause de leur descendant, ils le soutiendront et attiseront sa haine » (opinion de Tronchet, rapportée dans le discours de M. Durand (1).

Après M. Durand, ce fut M. Léon Renault qui se plaça à un point de vue opposé dans l'appréciation du divorce. Il montra que ce mode de dissolution du mariage, tel qu'il était, ne présentait aucun danger : « Les enfants ont droit à la famille, dites-vous, mais y a-t-il une puissance humaine capable de la leur donner, quand le père et la mère en sont venus aux extrémités qui rendent la séparation inévitable ? Est-ce que la séparation de corps laisse la famille intacte ? Les enfants, nous leur laissons ce que nous pouvons leur garder une fois l'union conjugale brisée, nous entassons pour eux les précautions, les garanties (2) ». Après avoir traité du divorce en général, M. Renault se plaçant ensuite au point de vue spécial du divorce par consentement mutuel, rappelle les arguments autrefois exposés par Treilhard et il fait remarquer que le divorce par consentement mutuel c'est simplement une procédure qui diffère de celle du divorce pour causes détermi-

1. *J. O.* du 14 juin 1882, p. 901.

2. *Officiel* du 14 juin 1882, p. 905.

nées, par les moyens employés pour établir les motifs de divorce, mais ce n'est pas l'introduction d'un autre motif de divorce, c'est simplement l'organisation d'un moyen pour éviter de révéler une cause qui peut être honteuse. D'ailleurs, toutes les mesures prises par la loi tendent à prouver une chose, c'est qu'il y a une cause sérieuse et cachée du divorce. Pour éviter que les époux ne veuillent divorcer sans motif véritable et uniquement pour contracter une nouvelle union, le législateur interdit tout nouveau mariage avant trois ans depuis le prononcé du divorce par consentement mutuel.

Après le discours de M. Léon Renault, l'article 1^{er} du projet, ainsi conçu : « La loi du 8 mai 1816 est abrogée », fut voté par 338 voix contre 140. Mais, après l'admission du principe, il fallait entrer dans la discussion des détails. Le 15 juin 1882, la Chambre repoussa un amendement de M. Durand ayant pour objet d'empêcher l'admission du divorce par consentement mutuel. Fut également repoussé un amendement de M. Guyot d'après lequel, en cas de divorce par consentement mutuel, la propriété de la moitié de la fortune des parents passerait sur la tête des enfants (séance du 19 juin 1882). Les raisons données à l'appui n'impressionnèrent pas la Chambre, M. Letellier ayant observé que

l'amendement créerait un conflit d'intérêts entre les enfants et les parents.

M. Demarçay n'eut pas plus de chance avec une proposition tendant à la nomination d'un conseil de famille et d'un subrogé tuteur, en cas de divorce par consentement mutuel, pour veiller aux intérêts des enfants. Enfin l'ensemble de la proposition de loi fut adopté à la Chambre par 331 voix contre 138 et transmise au Sénat le 27 juin 1882.

La commission sénatoriale chargée de l'examiner ne comprenait que trois partisans du divorce sur neuf membres (Edouard Millaud, Eugène Pelletan et Henri Martin). Mais, parmi leurs six adversaires, une démission se produisit, qui donna accès à M. Labiche, partisan du divorce, enfin, un autre, M. Eymard-Duvernay, présenta un contre-projet acceptant le divorce, mais avec de très sévères restrictions. De sorte que, la composition de la commission fut finalement la suivante : quatre partisans du divorce avec retour pur et simple au système du Code ; quatre ennemis résolus de l'institution et enfin M. Eymard-Duvernay auteur d'un système mixte. Une majorité de cinq voix contre quatre put être réunie en faveur du divorce, le contre-projet de M. Duvernay ayant été accepté par ses collègues et M. Labiche fut chargé du rapport

qui fut déposé seulement le 7 février 1884 (1). La commission avait jugé utile de gagner du temps ; « les défenseurs de la loi pensèrent que le mieux était de ne pas précipiter les travaux, de gagner du temps, et, pendant près de deux ans, au grand désappointement des intéressés que ces attermoiemens exaspéraient, on ne parla plus du divorce (2) ».

La discussion eut lieu au Sénat les 26, 27, 29, 30, 31 mai, 5 et 7 juin 1884. Une deuxième délibération occupa les séances des 20, 21, 23 et 24 juin 1884. M. Martin-Feuillée, alors garde des Sceaux, se prononça contre le divorce par consentement mutuel. Le gouvernement était en effet absolument hostile à ce mode de divorce et les partisans de cette institution durent, pour obtenir son appui, accepter cette restriction. « Je n'aurais cependant pas été trop mécontent, dit M. Naquet, pour ma part, de la décision du ministère, si, entrant dans la voie des modifications, il en avait profité pour introduire dans notre législation quelques causes nouvelles de divorce, telles que l'aliénation mentale incurable, l'absence déclarée, la condamnation de l'un des époux à certaines peines correctionnelles.

1. *J. O.*, février 1884, annexe n° 31, p. 65.

2. M. Naquet, *La loi du divorce*, p. 87.

Mais tel n'était pas le sentiment du cabinet, qui, voulant restreindre le divorce sur un point, n'entendait à aucun degré l'élargir sur un autre » (1).

Le divorce par consentement mutuel n'avait pas, d'ailleurs, une bonne presse; son exclusion était réclamée au moins par deux contre-projets, le contre-projet Bernard et celui de M. Eymard-Duvernay. D'après le premier, « la suppression du divorce par consentement mutuel serait sans importance au point de vue du nombre des divorces car, à Genève où le Code civil n'a cessé d'être en vigueur jusqu'en 1876, époque où a été appliquée la nouvelle loi fédérale, il n'y a pas d'exemple d'un seul cas de divorce par consentement mutuel et, en Belgique, le nombre de ces divorces n'est pas de 1 sur 400. La suppression du divorce par consentement mutuel ne pourrait donc produire qu'un effet d'opinion sur les personnes qui, ne s'étant pas rendu compte des dispositions du Code, les apprécient sur le seul intitulé du chapitre III du titre 6 et qui supposent que ce chapitre autorise le divorce sans autre condition que l'accord des époux. Il ne faut à aucun prix que cette erreur persiste. Ce que le Code appelle le consentement

1. *La loi du divorce*, p. 95 et 96.

mutuel n'est pas une facilité donnée aux conjoints pour divorcer selon leur caprice, c'est seulement une procédure organisée dans le but d'établir, en sauvegardant l'honneur des conjoints et l'avenir des enfants, que la demande de divorce est justifiée de la manière la plus incontestable » (1).

Quant au contre-projet Eymard-Duvernay, il reposait sur quatre principes : suppression du divorce par consentement mutuel, interdiction du divorce en cas d'existence d'enfants, divorce possible en cas d'absence déclarée et aussi après une condamnation de l'un des époux à une peine perpétuelle ou simplement infâmante, et, à la vérité, ces deux derniers cas ne sont pas des causes de divorce, car il n'y a pas de débat contradictoire, la partie intéressée demande la dissolution du mariage au tribunal. Les causes de divorce, d'après ce dernier contre-projet étaient seulement les suivantes : 1° abandon de l'un des époux par l'autre pendant les deux premières années de mariage (ce n'est plus ensuite qu'une cause de séparation) ; 2° l'adultère constatée ou l'inconduite notoire et scandaleuse pendant les deux premières années du mariage ; 3° les attentats volontaires de l'un des époux, à la vie, à la

1. Cf. *J. O.* du 7 fév. 1884.

santé, à la liberté et à l'honneur de l'autre. Dans tous les cas de divorce, un nouveau mariage est interdit à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé avant que l'autre époux soit mort.

Les principales raisons contre l'admission du consentement mutuel furent exposées par M. Martin-Feuillée : le mariage, pour lui, n'est pas un contrat ordinaire ; le législateur de 1792 l'avait reconnu, puisqu'il avait affranchi le mariage des règles normales des contrats en permettant le divorce par la volonté d'un seul, mais de plus tous les contrats ne peuvent pas être dissous par les volontés contraires des parties, ce n'est vrai que pour les contrats à titre onéreux. Ceux qui régissent les personnes, par exemple l'adoption, sont soumis à des lois spéciales, le mariage est contracté avant tout dans une pensée de perpétuité. On invoque sans doute l'intervention des parents comme une garantie possible, mais ils ne sont pas impartiaux. Quant à l'abandon de la moitié des biens par les époux divorcés aux enfants, ce n'est pas non plus un remède efficace contre l'abus des divorces par consentement mutuel ; il y a des mariages où il n'y a pas d'enfants, il y en a d'autres où la fortune manque et, alors, la précaution voulue par le législateur n'atteint pas son but. D'ailleurs, si le législateur établit une ins-

titution, c'est apparemment pour que les citoyens en usent. Or, le consentement mutuel offrait tant de difficultés, par suite des délais et des formalités organisées, qu'on n'en avait point usé sous le Code civil, pourquoi donc le rétablir ? Les partisans du consentement mutuel disent, sans doute, pour les cas où les causes de divorce ne peuvent pas être indiquées, que le juge n'a alors qu'à s'incliner devant le mutuel accord des conjoints. Mais cette mission passive heurte le rôle véritable de la justice, c'est un simulacre de jugement, c'est un simple enregistrement auquel procède le juge. Or, dans des litiges aussi graves que les procès en divorce, l'Etat doit intervenir. D'autre part, le consentement mutuel est pros- crit pour la séparation de corps, pourquoi donc l'accepter comme motif de divorce (1) ? En résumé, le gouvernement prit nettement parti contre le divorce par consentement mutuel ; il n'accepta que celui pour causes déterminées et le projet qui avait reçu son approbation fut voté par le Sénat le 24 juin 1884, par 153 voix contre 116.

La loi revint ensuite à la Chambre des députés où elle obtint une déclaration d'urgence, la discussion y fut menée très rapidement, M. Le-

1. *J. O.*, 30 mai 1884, p. 987.

tellier déposa son rapport le 8 juillet 1884. La Chambre, pour ne pas exposer la loi à de nouveaux retards, l'accepta dans les termes où elle avait été amendée par le Sénat; elle fut votée le 19 juillet 1884 par 155 voix contre 115 et enfin promulguée le 27 juillet 1884. Elle n'admet le divorce que pour trois causes : adultère de l'un des époux ; excès, sévices ou injures graves ; condamnation à une peine afflictive ou infâmante (art. 230-232) ; enfin, une séparation de corps ayant duré trois ans pouvait d'après la loi de 1884 être convertie en divorce, mais les tribunaux possédaient sur ce point toute liberté d'appréciation ; cette latitude a été supprimée par la loi du 27 juin 1908 et la conversion est aujourd'hui de droit à la requête de l'un des époux, même du perdant dans l'instance primitive en séparation de corps.

Mais le législateur s'est entouré de précautions pour maintenir la stabilité de la famille, et la preuve de cette intention résulte d'un passage du rapport magistral de M. Léon Renault : « C'est, déclare-t-il, l'indissolubilité du mariage dans la mesure où elle est compatible avec les défaillances de la nature humaine, c'est la préservation des intérêts des époux, des enfants nés de leur union, de la société elle-même intéressée au bonheur des mariages, qui ont été la constante

préoccupation des collègues qui m'ont chargé de vous présenter ce rapport, ils ont entendu accomplir une tâche de conciliation et rechercher, entre la perpétuité idéale des unions conjugales, affirmée plutôt qu'établie par le dogme catholique et leur solidité réalisable (seul objet que puisse se proposer le législateur moderne), une sorte de terrain neutre où l'Etat dispose sans autre précaution que celle du bien public et où cependant les scrupules des consciences religieuses ne rencontrent aucune disposition qui les froisse ou les blesse. Ils n'ont fait, en envisageant ainsi la solution que doit recevoir la question du divorce, que reprendre l'œuvre du Conseil d'Etat de 1803, ratifiée par l'expérience accomplie en France de 1804 à 1816, justifiée par les faits réalisés et les résultats obtenus dans les pays de même race que la nôtre où le Code civil est demeuré intact, démontrée saine, efficace et moralisatrice par le spectacle qu'offrent toutes les grandes nations du monde, qui, ayant trouvé le divorce dans leurs institutions originaires, ont pris soin non de l'abolir mais de le réglementer avec sagesse, ne voyant en lui ni un bien ni un mal, mais le remède d'un mal auquel toute société a le devoir de parer ». Dans ces derniers mots, M. Léon Renault faisait allusion aux législations contemporaines sur le divorce.

Le législateur étranger, ayant le devoir de satisfaire des besoins analogues à ceux des Français, a-t-il songé à appliquer le même remède ? La question se pose donc immédiatement de savoir si le divorce par consentement mutuel a été accepté par les peuples de même civilisation ou si, au contraire, il est apparu partout comme un mode de dissolution incompatible avec la nature du mariage.

DEUXIÈME PARTIE

LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL EN DROIT COMPARÉ

Le Code civil français semble (loi de 1884) avoir été animé par le désir de supprimer toutes les causes qui seraient de nature à favoriser le divorce. Beaucoup de législations étrangères se sont montrées plus hardies. Le consentement mutuel tient une assez large place parmi les modes de dissolution du mariage ; il en est ainsi non seulement en Europe, mais en Amérique. Il y a lieu de distinguer à cet égard les pays qui n'admettent pas le consentement mutuel parmi leurs causes de divorce ou de séparation de corps et les pays qui, au contraire, se prononcent en faveur du consentement mutuel avec plus ou moins de restrictions.

Nous ne donnerons que des renseignements très succincts sur les législations de la première

catégorie, car notre travail ne porte pas sur les causes de divorce autres que le consentement mutuel. Mais, dans l'examen des deux catégories de législations (admettant ou excluant le consentement mutuel), il conviendra de sous-distinguer entre les législations qui n'admettent que la séparation de corps et celles qui acceptent aussi le divorce.

Il convient de noter, d'ailleurs, que certaines législations (Suisse, Prusse, Autriche, Etats Scandinaves) et plusieurs législations des Etats-Unis admettent avec une grande facilité le divorce à la requête d'un seul des époux pour des causes plus ou moins déterminées (1)

SECTION I

Législations qui n'admettent pas le consentement mutuel parmi les causes de divorce ou de séparation de corps

1° On rencontre d'abord un *premier groupe de pays* dominés encore par le catholicisme et

1. Weiss, *Traité du droit international privé*, 5 vol., 2^e éd., 1. 1908 ; *Manuel de droit international privé*, 5^e éd., 1905 ; Lehr, *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*, Paris, 1905 ; Roguin, *Traité de droit civil comparé*, Paris, 1904, t. I, nos 259 sq.

qui n'admettent que la séparation de corps pour causes déterminées.

Espagne. — Il en est ainsi en Espagne et en Portugal.

Le code civil espagnol de 1889 distingue le mariage religieux, obligatoire pour les catholiques et auquel les époux sont tenus de convoquer, à peine d'amende, le fonctionnaire chargé des registres de l'état civil, et l'autre purement civil, à l'égard de ceux qui ne pratiquent pas la religion catholique. Les causes concernant les mariages religieux sont de la compétence des tribunaux ecclésiastiques; celles relatives aux unions civiles sont jugées par les tribunaux civils. Pour les mariages religieux, le législateur espagnol laisse aux tribunaux ecclésiastiques le soin de prononcer la séparation de corps pour les motifs qu'ils apprécieront. Les causes de séparation civile sont, au contraire, l'adultère de la femme dans tous les cas, celui du mari s'il y a eu scandale public ou mépris de la femme, les mauvais traitements ou injures graves, les violences du mari sur la femme pour l'obliger à changer de religion; la proposition par le mari à la femme de se prostituer; les efforts de l'un ou de l'autre époux pour corrompre ou prostituer les fils ou filles, la condamnation de l'un des époux aux fers, ou à la réclu-

sion perpétuelle. La séparation, que le code civil espagnol appelle *divorcio*, peut cesser par la réconciliation des conjoints.

Portugal. — La législation portugaise distingue, à l'instar de celle de l'Espagne deux sortes de mariages, l'un catholique, l'autre civil. Les causes de séparation sont : l'adultère de la femme, l'adultère du mari quand il y a eu scandale public, ou abandon total de la femme ou entretien d'une concubine au domicile conjugal, la condamnation de l'un des époux à une peine perpétuelle, les sévices ou injures graves. La réconciliation peut résulter d'un acte passé devant le juge de paix.

Pays d'influence espagnole ou portugaise. — Dans tous les pays de l'Amérique du Sud où s'est développée l'influence espagnole ou portugaise, Chili, Costa-Rica, Pérou, République Argentine, Uruguay, la séparation de corps n'est possible que pour causes déterminées.

2° Ensuite, viennent *les législations qui admettent soit la séparation de corps et le divorce, soit le divorce seul, mais uniquement pour causes déterminées.*

Allemagne. — Il en est ainsi d'abord en Allemagne où le Code civil de 1896, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1900 et qui s'étend à l'Empire entier, n'admet le divorce que pour causes dé-

terminées qui sont l'adultère, l'attentat à la vie du conjoint et sévices graves, l'abandon malicieux, la folie incurable ayant duré trois ans (§§ 1565 à 1567 et 1569). Une cause facultative est établie par le § 1568 : « Un époux peut demander le divorce lorsque par une violation grave des devoirs nés du mariage ou par une conduite déshonorante l'autre époux s'est rendu coupable d'un si profond trouble des rapports conjugaux que la continuation du mariage ne peut plus être exigée de son conjoint ». Les sévices graves sont également réputés violations graves de devoirs (1). Il y a là une certaine latitude d'appréciation qui est conférée au magistrat, contrairement au principe général du droit allemand en cette matière, savoir qu'il y a lieu de proscrire les causes de divorce générales ou indéterminées, aussi cette disposition n'a-t-elle pas été votée sans difficultés (2) et il en fut de même de celle consacrant le divorce pour aliénation mentale (art. 1569) car, en principe, le Code civil allemand ne reconnaît d'autres causes de divorce que celles qui sont imputables à la *faute* d'un des époux (Verchuldungsprinzip). C'est pour ce motif que le consentement mutuel,

1. *Traduction de M. de Meulenaere*, conseiller à la Cour d'appel de Gand.

2. Laurent, *Thèse*, p. 95.

n'impliquant aucune faute, a été écarté par le législateur allemand. De même, l'aversion invincible, que consacrait l'ancien Landrecht prussien comme cause de divorce, a disparu dans la rédaction du Code civil allemand. L'exposé des motifs du Code civil indique les raisons pour lesquelles la faculté de divorcer a été restreinte : « L'Etat a un intérêt pressant à faire en sorte que le mariage soit ce qu'il doit être, c'est-à-dire le fondement de la moralité publique et à favoriser davantage parmi la population l'idée que le mariage est une chose sérieuse, une institution morale qui ne saurait dépendre de la volonté capricieuse des époux. Pour atteindre ce but, il faut rendre le divorce plus difficile » (1).

La séparation de corps peut être demandée pour les mêmes causes que le divorce. Il faut noter qu'en vertu du § 1575, l'époux qui est défendeur au procès en séparation de corps a toujours la faculté d'exiger que les juges prononcent le divorce au lieu de cette séparation.

Angleterre. — Les causes déterminées sont encore les seuls motifs de divorce ou de séparation de corps en Angleterre, d'après le Divorce Act du 28 août 1857, qui ne régit que le royaume

1. *Motif du projet du Code civil pour l'empire allemand*, vol. 4, p. 563.

d'Angleterre et le Pays de Galles ; en Ecosse, le divorce n'est permis que pour abandon non justifié pendant quatre ans et pour adultère. Enfin, il n'existe pas en Irlande.

Le seul motif du divorce est l'adultère, mais, alors que le fait en lui-même suffit quand il s'agit de la femme ; quand le coupable est le mari, sa faute n'est acceptable comme cause de rupture du mariage que si elle est aggravée par les circonstances suivantes : bigamie, rapt, crime contre nature, inceste, abandon sans motif pendant deux ans au moins ou *gross cruelty* (sévices ou mauvais traitements) ou simplement refus par le mari de donner à sa femme le confort auquel sa position sociale lui donne droit(1). Les causes de séparation de corps sont au nombre de quatre : l'adultère, l'abandon sans motifs pendant deux ans au moins, la cruauté qui comprend les excès ou sévices et les crimes contre nature. Le consentement mutuel ne peut jamais être une cause de rupture ou de relâchement du lien conjugal.

Il faut noter toutefois, qu'il existe en Angleterre et en Ecosse des conventions de séparation amiable, reconnues par la coutume, réglant la

Cf. Hubert Valleroux, Communication sur le divorce en Angleterre, *Bulletin de la Société de lég. comparée*, 1881-1882. p. 150 et s.

vie séparée des époux, la garde des enfants, la pension alimentaire de la femme. Ces clauses sont validées par la justice, au moins en ce qui concerne les arrangements d'ordre pécuniaire ; c'est une manière détournée de sanctionner l'engagement pris par chacun des époux de vivre séparément. Ces conventions de séparation n'ont que la valeur d'un contrat, il faut donc recourir à la séparation judiciaire si l'on veut en obtenir tous les effets civils. Il ne semble pas téméraire de comparer cette combinaison à une véritable séparation par consentement mutuel, laquelle permet de tourner les règles d'une législation qui se montre fort soucieuse de la stabilité du mariage.

Etats-Unis. — Aux Etats-Unis, le divorce est prononcé tantôt par les tribunaux, et tantôt par le pouvoir législatif (il en est ainsi dans la Caroline du Sud et de la Virginie). Les législations de l'Union américaine ne concordent pas d'ailleurs sur l'énumération des causes de divorce. Dans presque tous les Etats, on retrouve comme motifs de rupture du lien conjugal l'adultère, les condamnations infamantes, les crimes contre nature, les excès et cruautés, mais le divorce par consentement mutuel n'existe pas, bien que beaucoup de gens mariés divorcent très facilement. Ainsi, dans le Maine et l'Illinois, il suf-

fit d'alléguer un motif quelconque, paraissant concluant aux tribunaux, pour que le divorce soit prononcé (1).

Dans le Kentucky, le mari qui prévient les fournisseurs du ménage qu'il ne paiera pas les dettes contractées par sa femme est considérée comme commettant envers celle-ci une injure suffisante pour entraîner la rupture du lien matrimonial (2). M. Roguin affirme cependant qu'une tendance contraire au divorce se manifesterait dans les Etats de l'est où la civilisation se rapproche le plus de celle de l'Europe (3). Mais, si le consentement mutuel n'est pas une cause reconnue de divorce, il permet tout au moins très facilement de convenir d'une séparation amiable entre les époux, pendant laquelle il sera pourvu, au moyen d'un accord réciproque, à l'entretien de chacun d'eux et des enfants. Il en est ainsi dans l'Etat de New-York (4). Cette convention de séparation s'appuie sur le consentement mutuel et les tribunaux ne l'annulent point comme contraire à l'ordre public. Au contraire, en France, la jurisprudence considère

1. Gaillard, *La condition des femmes dans la législation des Etats-Unis*, thèse, Paris, 1899, p. 94.

2. Gaillard, *loc. cit.* et Lehr, *loc. cit.*, p. 206.

3. Roguin, *loc. cit.*, p. 270.

4. Colondre, *Thèse*, p. 164.

comme inexistants tous les contrats intervenus entre les époux en vue d'échapper à l'obligation de la vie commune (1).

Russie. — En Russie, où le divorce seul est admis pour les personnes appartenant à l'église orthodoxe, le divorce par consentement mutuel n'existe pas. Quatre causes sont seules acceptées : l'adultère, l'impuissance ou la stérilité au bout de trois ans de mariage, l'absence de cinq années, la condamnation emportant dégradation civique (2). Si les époux appartiennent à une autre église que l'église russe, le mariage ne peut être dissous par le divorce que si celui-ci est autorisé par la religion des conjoints.

Hongrie. — Enfin, la loi hongroise de 1894, mise en vigueur le 1^{er} octobre de l'année suivante, admet le divorce dans un certain nombre de cas, parmi lesquels ne figure pas le consentement mutuel. Les mêmes causes motivent la séparation de corps qui peut au bout de deux ans être convertie en divorce.

Grèce. — Il en est de même en Grèce, où le mariage est encore régi par la Nouvelle 117 de Justinien (3).

1. Dalloz, *Rép., sup.*, v^o Divorce et séparation de corps, n^{os} 33 et 34.

2. Cf. Roguin, *op. cit.*, p. 254.

3. Lehr, *loc. cit.*, p. 265.

SECTION II

Législations qui admettent le consentement mutuel parmi les causes de divorce ou de séparation de corps

Il faut encore sous-distinguer les pays qui n'acceptent le consentement mutuel que pour la séparation de corps et ceux qui l'étendent au divorce.

§ 1. — *Législations qui n'admettent que la séparation de corps*

Brésil-Mexique. — A l'exclusion du divorce, la séparation de corps peut résulter du consentement mutuel au Brésil (Loi du 24 janvier 1890) ; au Mexique, mais seulement à l'expiration de deux ans de mariage et après deux tentatives infructueuses de réconciliation (Code de 1884).

Pologne. — En Pologne, où le divorce n'existe pas la séparation par consentement mutuel est autorisée aussi, mais « pour des motifs pertinents » art. 66 (Loi du 23 juin 1825) (1).

Italie. — De toutes les législations qu'il convient de ranger dans ce groupe, une des plus

1. Lehr, *loc. cit.*, p. 376.

importantes est incontestablement le Code civil Italien du 25 juin 1865, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1866. D'après les articles 128 à 148, la séparation de corps est possible, d'abord pour causes déterminées et en outre par consentement mutuel (art. 158). Aux termes des articles 158 et 811, le tribunal doit interroger les époux pour s'assurer qu'ils ont la volonté ferme et sérieuse de se séparer. S'il n'arrive pas à les réconcilier, il est dressé procès-verbal de l'accord des conjoints en vue de la séparation. Ce procès-verbal indique les conditions de cette séparation quant aux époux et quant à leurs enfants. Cette séparation conventionnelle est très fréquente en Italie. En 1895, sur 1642 demandes en séparation, 482, soit plus d'un tiers, reposaient sur le consentement mutuel ; sur ce nombre, 462 furent homologuées. Sur les 1.160 autres demandes en séparation, 237 seulement avaient été finalement admises (1).

Autriche. — Les articles 103 à 105 du Code civil autrichien admettent aussi la séparation de

1. De Rawiez, *loc. cit.*, p. 116.

Plusieurs projets de lois tendant au rétablissement du divorce ont été déposés ; les premiers par M. Morelli en 1878 et 1879, ils ne furent pas discutés quoique le premier ait été pris en considération. Récemment M. Zanardelli saisit à nouveau les Chambres italiennes d'un nouveau projet demandant le rétablissement du divorce pour causes déterminées, seul, il n'a pas encore été discuté.

corps par consentement mutuel quelle que soit la religion des époux. Aux termes de l'article 103, elle est accordée aux conjoints qui la demandent sous certaines conditions. Ces conditions sont énumérées par les articles 104 et 105. Un essai de conciliation doit être tenté par le directeur de conscience (pfarrer) des époux qui doit leur rappeler leurs promesses solennelles au jour de leur mariage et cela à trois reprises consécutives. Si ces représentations demeurent sans succès, il leur délivre un certificat que les époux remettent ensuite au tribunal et, s'ils confirment devant lui leur accord, le tribunal se borne à jouer un rôle passif et à homologuer la convention. Il doit seulement s'assurer que les dispositions conventionnelles prises sauvegardent suffisamment les droits des enfants. Depuis la loi du 31 décembre 1868 le recours préalable au ministre du Culte n'est plus obligatoire ; si les parties s'en sont abstenues c'est le tribunal lui-même qui fait auprès d'elles à huit jours d'intervalle les trois tentatives de conciliation. Cette séparation est, paraît-il, très usitée en Autriche (1).

1. Colondre, *thèse*, p. 157 ; Laurent, *thèse*, p. 106.

§ 2. — *D'autres pays enfin admettent également le divorce par consentement mutuel*

Mais ici encore tous ne suivent pas les mêmes règles. L'abus de ce mode de divorce apparaît à tous les législateurs comme un véritable danger et ils veulent acquérir la garantie que l'accord intervenu pour rompre l'union conjugale décèle un motif réel et grave de divorce. La plupart des législations sont d'avis que le seul moyen de prévenir ici les abus, c'est d'imposer aux époux un certain nombre de formalités judiciaires. Dans d'autres pays, on considère comme plus efficace l'obligation d'une séparation de corps temporaire préalable au divorce. Le législateur estime que l'éloignement momentané des époux leur permettra d'oublier leurs torts réciproques. En tous cas, s'ils persistent dans leur volonté de se séparer, c'est qu'il y aura entre eux, à n'en pas douter, une cause certaine de désunion.

1° *Pays qui se contentent d'astreindre le divorce par consentement mutuel à un certain nombre de formalités judiciaires.*

Belgique. — Il en est ainsi d'abord en Belgique, où les dispositions du Code civil français

sont restées en vigueur, avec, par suite, le consentement mutuel comme cause légale, la pratique en est toutefois très rare. C'est ainsi qu'en 1877-1878, d'après M. Naquet, il n'y eut en Belgique que six divorces par consentement mutuel sur 149. En 1900-1901, 1.052 divorces ont été prononcés, dont 1.034 pour causes déterminées et 18 par consentement mutuel. En 1901-1902, 936 divorces, dont 917 pour causes déterminées et 19 par consentement mutuel (1). Dans son avant-projet de Code civil 1883, M. Laurent écartait le consentement mutuel pour le divorce et ne le conservait que pour la séparation de corps (2). Cependant, les commissions officielles de révision du Code maintinrent le divorce par consentement mutuel.

Roumanie. — Le Code civil roumain qui reproduit un grand nombre de dispositions de notre Code de 1804 consacre également le consentement mutuel parmi les causes de divorce qui existe seul à l'exclusion de la séparation de corps (art. 214, 256 et 276 du Code de 1864). Mais ce mode de rupture du lien conjugal est très rare. Il atteint à peine 1 0/0 du nombre total des

1. G. Laurent, *Thèse*, p. 109.

2. Laurent, *Avant projet de Code civil*, t. II, p. 17, 19, 66, 68.

divorces. D'autre part les époux divorcés ne peuvent pas se remarier (art. 277) (1).

Enfin, rappelons qu'avant le Code civil allemand de 1900, la Prusse était régie par le Landrecht de 1794 et le consentement mutuel était compris parmi les 11 causes de divorce inscrites dans ce Code prussien ; ce mode de divorce qui s'obtenait très facilement était réservé aux ménages sans enfants ; le juge cependant devait apprécier si la volonté de divorcer était sérieuse et ne résultait pas d'une contrariété passagère ou d'une contrainte.

Il en était de même dans l'Alsace-Lorraine, où une loi du 27 novembre 1873 avait rétabli le divorce en abrogeant purement et simplement la loi française de 1816, rétablissant ainsi notre Code civil de 1804 (2).

Suisse. — Reste enfin la Suisse au nombre des pays où les époux peuvent obtenir le divorce sans séparation préalable et après l'intervention de la justice. Depuis la loi fédérale du 24 décembre 1874, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1876 qui a unifié pour toute la Suisse le droit applicable aux causes de divorce, la faculté de recourir à ce mode de rupture du lien conjugal a été

1. Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie* Paris et Bucharest, 1897, p. 125.

2. Flach, *Bull. de la Soc. de légis. comp.*, 1882, p. 149.

très largement consacrée (1). Cette loi de 1874 distinguait trois causes de divorce : 1° les causes déterminées : adultère, attentat à la vie, sévices et injures graves, condamnation à une peine infamante, abandon malicieux depuis deux ans, aliénation mentale reconnue incurable ; 2° possibilité de prononcer le divorce à la demande de l'un des époux, lors même que celui-ci n'invoque pas une cause déterminée par la loi (art. 47). « S'il n'existe aucune des causes de divorce prévues, et que, cependant, il résulte des circonstances que le lien conjugal est profondément atteint, le tribunal peut prononcer le divorce ou la séparation de corps. Cette séparation ne peut être prononcée pour plus de deux ans. Si, pendant ce laps de temps, il n'y a pas de réconciliation entre les époux, la demande en divorce peut être renouvelée, et le tribunal prononce alors librement d'après sa conviction ». C'est là le divorce unilatéral. Enfin, 3° le divorce par consentement mutuel était réglé par l'article 45, sans que la loi d'ailleurs en prononçât le nom : « Si les deux époux sont demandeurs en divorce, le tribunal le prononce, s'il résulte des circonstances de la cause que la continuation de la vie com-

1. Le Code suisse a supprimé la séparation de corps comme mesure principale.

mune est incompatible avec la nature du mariage ».

En réalité le plus grand nombre des divorces en Suisse était accordé sur le fondement de ces deux derniers textes. La jurisprudence du Tribunal fédéral interprète d'ailleurs l'article 45 d'une manière assez sévère. Il y avait eu, en effet, des abus. Dans certains cantons, les tribunaux considéraient que le fait même par les deux époux de se porter demandeurs constituait la preuve la plus certaine de la nécessité du divorce, et ils avaient une tendance à considérer toujours comme établie l'impossibilité de la vie commune. « Les tribunaux d'un grand nombre de cantons, écrit M. le professeur Mentha, appliquent au procès de divorce les principes ordinaires de la procédure civile et non pas ceux des procès intéressant l'ordre public, c'est-à-dire tiennent toujours pour établis les faits dont conviennent les parties » (1). Aussi, la jurisprudence des tribunaux cantonaux préféra, par la suite, appliquer l'article 47 et prononcer le divorce aux torts des deux époux, en déclarant soit leur culpabilité égale, soit l'un des deux conjoints plus coupable que l'autre, avec

1. Mémoire relatif à la revision de la loi fédérale sur l'état civil, le mariage et le divorce, p. 44.

cette possibilité que la condamnation entraînait certaines peines pécuniaires à la charge de ce dernier. Cette jurisprudence a été favorisée par le Tribunal fédéral (1).

Le projet de Code civil suisse, rédigé par M. Huber, publié en 1900 et suivi, en 1901, d'un exposé des motifs tout en reconnaissant des causes déterminées et des causes indéterminées de divorce propose une réglementation plus sévère. De 1876 à 1900, le nombre des divorces s'était en effet accru en Suisse, surtout à partir de 1896. C'est ainsi que, sur une population de 3 millions d'habitants, 1.025 divorces furent prononcés en 1900, dont 382 par application des articles 45 et 263 fondés sur l'article 47. En 1902, ces textes donnèrent lieu respectivement à 361 et 317 divorces sur 1.105, chiffre total de l'année. Il apparaissait souvent que les époux désiraient s'affranchir de leur première union en vue d'en contracter une nouvelle. Dès lors, on a cru découvrir dans les articles 45 et 47 la cause de tout le mal. Ils consacrent en effet le même principe, le second à la requête de l'un des époux, le premier à la demande des deux conjoints. Or, on voulait préciser les causes d'admission du divorce. M. Barilliet, profes-

1. Laurent, p. 119.

seur à l'Université de Genève, estimait qu'il « eut été préférable de préciser davantage dans ces deux textes les circonstances dans lesquelles le divorce devrait être admis, car, en présence de l'élasticité des termes dont s'est servi le législateur, on peut dire qu'aujourd'hui il n'y a pas, dans tout le droit privé, de contrat qui puisse être aussi facilement résolu ou brisé que le mariage » (1). M. Alfred Martin montrait le danger de laisser au juge une trop grande liberté en matière de divorce : « Il faut se mettre à la place des juges, ils ont devant eux des époux qui vivent en très mauvaise intelligence et qui sont malheureux ensemble. Les magistrats se disent qu'un divorce mettra fin à cette situation et qu'il sera accueilli comme un bienfait par l'une des parties, quelquefois par toutes deux ; il est naturel qu'ils ne résistent pas à la tentation et qu'ils prononcent le divorce en se disant qu'ils ne font de mal à personne. On ne peut leur en vouloir beaucoup » (2). M. Martin demandait, par suite, l'abrogation pure et simple des articles 45 et 47.

1. Barilliet, *Leçons sur l'état civil, le mariage et le divorce*, 1879, t. I, p. 87.

2. A. Martin, professeur à l'Université de Genève, *Commentaire de la loi fédérale concernant la loi civile et le mariage*, 1897, p. 207.

Le Code civil suisse du 10 décembre 1907 a tenu compte, dans une certaine mesure, de ces critiques. Il admet sans doute comme la loi fédérale de 1874, des causes déterminées et indéterminées. Les causes déterminées sont d'abord les quatre qui figurent dans notre Code. plus trois autres qui sont : la folie incurable aux dires d'experts, l'abandon malicieux et l'atteinte à l'honneur. Mais il faut (art. 139 et 141), que la vie commune soit devenue insupportable au demandeur pour qu'il puisse arguer de ces faits pour obtenir le divorce. Les causes indéterminées sont définies dans l'article 142, mais avec une formule qui est plus rigoureuse que celle de l'ancien article 45 de la loi de 1874. Ce texte autorisait en effet le divorce par consentement mutuel, si la continuation de la vie commune paraissait incompatible avec la nature du mariage. Le texte nouveau, article 142, décide que chacun des époux peut demander le divorce, « lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable ». Cette rédaction, assurément susceptible d'une interprétation moins large que celle de la précédente, a paru de nature à écarter les demandes insuffisamment motivées et à réfréner la complaisance excessive des juges. Tel était déjà le sentiment de M. Huber dans

L'exposé des motifs de l'avant-projet (T. I, p. 122 à 124), sur l'article 164, qui est devenu ensuite l'article 142 définitif. « Il est des situations dans lesquelles le lien conjugal est bien plus profondément atteint que dans le cas d'une cause déterminée de divorce et qui cependant ne rentrent pas dans l'une de ces causes. A cet égard la loi doit renfermer un texte qui autorise le divorce. La seule question à discuter est celle de savoir en quels termes la cause générale doit être formulée. La loi actuelle lui consacre deux articles 45 et 47. Le premier emploie la formule « si la continuation de la vie commune est incompatible avec la nature du mariage » et le second dit « si le lien conjugal est profondément atteint ». L'article 45 institue une action en divorce introduite par les deux époux, l'article 47 règle l'hypothèse d'une demande émanant d'une seule des parties. La jurisprudence est dans ce domaine d'une incertitude telle qu'il est de toute nécessité de lui donner une assise plus solide par un nouveau texte. Le projet cherche à atteindre ce but en condensant tout d'abord les deux formules en une seule... Cette solution ne facilite pas le divorce en regard du droit actuel, mais elle marque plus clairement que la demande introduite par les deux conjoints doit être aussi bien fondée que celle émanant

d'un seul, ce qui était considéré comme douteux à raison des formules divergentes des articles 45 et 47 de la loi de 1874 ». Désormais les mariages ne pourront être rompus pour consentement mutuel que s'il y a impossibilité radicale de vie commune. Dès lors, la demande intentée par les deux conjoints devra reposer sur un fondement certain et sérieux. On a contesté cependant l'efficacité de cette précaution et M. Maxime Leroy a écrit, dans la *Revue de Paris*, que la nouvelle législation suisse accordait des concessions importantes aux partisans du divorce : « On peut affirmer que nous allons vers des temps où la désunion sera aussi facile que l'union, le Code suisse nous donne le premier terme de l'évolution qu'a prévue Portalis en 1804 » (1).

Le Code suisse décide, par une heureuse innovation, que l'action peut tendre soit au divorce, soit à la séparation de corps, art. 143, tandis que la loi de 1874 obligeait le juge à prononcer le divorce. Elle tolérât bien, sans doute, une séparation de corps, mais à titre de mesure provisoire ordonnée d'office pour une durée de six mois à deux ans, et en vue de laisser aux

1. Maxime Leroy, L'avant-projet de Code civil suisse, *Revue de Paris*, n° du 1^{er} décembre 1902, p. 659.

époux le temps de la réflexion. Le législateur a voulu ainsi donner satisfaction aux régions catholiques de la fédération. « De quel droit le législateur ne laisserait-il aux époux que cette alternative : le divorce, sinon la continuation de la vie commune (1).

2° Pays qui exigent une séparation de corps préalable au divorce par consentement mutuel

La séparation de corps est considérée dans un certain nombre de cas comme un préliminaire, et un préliminaire *obligatoire*, du mode de divorce que nous étudions.

Pays-Bas. — Tel est d'abord la règle dans le Code civil de 1838 pour les Pays-Bas. Ce Code établit quatre causes de divorce (adultère, abandon malicieux, condamnation à plus de quatre ans de prison, blessures graves ou sévices de nature à mettre la vie en péril. A lire l'article 263, il semblerait que le divorce par consentement mutuel est impossible en Hollande, ce texte portant que ce mode de divorce n'est pas admis ; mais, malgré cette proscription textuelle, cette forme de divorce existe en fait, et elle est régulièrement organisée. Elle s'opère par voie de

1. Message du 28 mai 1904, p. 24.

conversion de la séparation de corps en divorce. C'est ce qui résulte des articles 255 à 261. La séparation de corps, dans ce pays, existe à la fois pour cause déterminée et par consentement mutuel ; la séparation basée sur ce motif s'obtient facilement : les époux après en avoir réglé entre eux toutes les conditions, présentent ensemble leur demande au tribunal du domicile commun ; une nouvelle comparution a lieu à 6 mois d'intervalle et 6 mois après le tribunal ayant pris l'avis des proches parents des époux statue ; or, de quelque façon qu'elle ait été obtenue, il est toujours possible au conjoint de changer en divorce, d'un commun accord, la séparation de corps qui existait entre eux à la condition qu'elle ait duré cinq années. Il y a donc une véritable contradiction dans le Code civil des Pays-Bas. M. Laurent rapporte, d'ailleurs, que les époux recourent assez rarement à cette conversion. C'est ainsi qu'en 1895 les conversions n'auraient été qu'au nombre de 12 pour 420 divorces.

Autriche. — En Autriche, on sait que le divorce existe seulement pour les non-catholiques, pour les israélites et pour les personnes qui n'appartiennent à aucune religion. Pour ces diverses catégories de personnes, le divorce est possible soit à raison de causes déterminées

(adultère, condamnation à 5 ans au moins de travaux forcés, désertion malicieuse se prolongeant pendant un an, attentats à la vie, sévices graves), soit pour aversion, dont elles doivent, d'ailleurs, faire la preuve, article 115 du Code civil de 1811. C'est là une sorte de consentement mutuel. Or, lorsque des époux non catholiques sont amenés par une aversion invincible à demander la dissolution du lien conjugal, le Code leur impose une séparation de corps provisoire et préalable, dont la durée varie suivant les circonstances et qui ne doit pas être moindre d'une année. Ce sera seulement à l'expiration de ce délai d'épreuve que le divorce pourra être prononcé. Les articles 133 à 135 du même Code consacrent formellement le consentement mutuel pour les Israélites. Ce genre de divorce est organisé d'une façon moins stricte que pour les non-catholiques. Après trois tentatives infructueuses devant le rabbin, celui-ci remet aux époux un certificat qui doit être présenté aux juges du district. L'épreuve de la séparation de corps temporaire, est alors simplement facultative et le divorce peut être immédiatement constaté (art. 132 à 134). L'interdiction du divorce catholique a inspiré au législateur la crainte que, chez ces derniers, la solidité des convictions religieuses cède devant le désir de

divorcer, de telle sorte qu'ils pourraient toujours se convertir à une autre religion en vue d'arriver à ce résultat. Aussi a-t-il posé en principe qu'un catholique converti à une autre religion ne peut divorcer, ce qui a inspiré à M. Lyon-Caen les justes réflexions suivantes : « La liberté des conversions religieuses, qui est une dépendance de la liberté de conscience est reconnue par les lois constitutionnelles. Le législateur n'a pas le droit de rechercher les motifs des conversions. La loi autrichienne méconnaît ces idées élémentaires, en prohibant le divorce entre époux qui, catholiques lors de la célébration du mariage, ont cessé de l'être » (1). Il convient de noter, toutefois, que le Juif converti au catholicisme peut divorcer et se remarier.

Enfin, dans les cas où la séparation de corps est prononcée pour consentement mutuel, il n'y a pas, à proprement parler, de jugement, le tribunal procède à une simple homologation de l'accord intervenu entre les parties. D'après M. Laurent, la grande majorité des divorces des non-catholiques est due au consentement mutuel. Ainsi en 1899, 156 divorces eurent lieu entre Israélites, sur lesquels 112 par consente-

1. Lyon-Caen, Etude sur le divorce en Autriche, *Bull. de la soc. de lég. comp.*, 1882, p. 489.

ment mutuel, et 44 furent prononcés entre-chrétiens non-catholiques dont 28 pour aversion implacable.

Il convient d'ajouter enfin à la liste des pays où le divorce est obligatoirement précédé d'une séparation de corps le Danemark, la Norvège et la Suède.

Danemark-Norvège. — Au Danemark et en Norvège, le divorce est possible d'abord pour causes déterminées (l'adultère, à moins que les deux époux soient coupables également, l'abandon malicieux, une condamnation à certaines peines, l'attentat à la vie du conjoint). En outre, le divorce peut être accordé par décret royal (*divorce ex gratiâ principis*) ; mais il est alors toujours précédé d'une séparation de corps demandée par les deux époux d'accord entre eux, après une tentative de réconciliation non suivie de succès devant le pasteur. La séparation de corps, accordée non par jugement, mais par décret administratif (1), est le plus souvent temporaire : après l'expiration de 3 années, elle est convertible en divorce à la requête des deux époux par rescrit gouvernemental (loi norvégienne du 18 octobre 1811 et ordonnances danoises du 30 avril 1824 et du 30 avril 1827.

1. Roguin, *op. cit.*, p. 266.

Suède. — Enfin, en Suède (code de 1734 et loi du 27 avril 1810), on distingue les causes primaires et secondaires (1). Les premières : adultère, abandon malicieux, absence prolongée pendant six ans, démence, maladie contagieuse ou incurable quand le conjoint malade a dissimulé son état, etc., autorisent une demande en divorce devant le tribunal ; les secondes rendent admissible une demande en divorce par requête au roi en conseil des ministres (divorce *ex gratia principis*). Cette requête invoquera la divergence de caractère et d'opinion assez grave entre les deux époux pour avoir engendré l'aversion : c'est l'incompatibilité d'humeur, qui correspond à un véritable divorce par consentement mutuel ; mais la demande n'est accueillie que si elle a été précédée d'une séparation de corps ayant duré au moins trois ans. Le roi, n'étant lié par aucune règle spéciale, prononce en pareil cas de véritables divorces par consentement mutuel. Ce nombre s'est élevé en 1900 à 120 pour 405 divorces (2).

Guatémala. — Enfin il y a un pays américain, le Guatémala, qui, par la loi du 12 février 1894, admet le divorce par consentement mutuel, à la

1. Roguin, *op. cit.*, p. 260.

2. Laurent, *Thèse*, p. 135.

condition qu'il soit précédé d'une séparation de corps. Celle-ci est elle-même soumise à une certaine restriction : demandée pour consentement mutuel, elle ne peut être accordée qu'après cinq ans de mariage (art. 8) et la demande en divorce n'est admissible qu'après une année depuis le jour où le jugement prononçant la séparation de corps est devenue exécutoire (art. 7) (1).

Cette revue de législation étrangère démontre que les pays, qui acceptent le consentement mutuel comme cause de rupture ou de relâchement du lien conjugal, ont institué des garanties plus ou moins complexes en vue d'éviter les abus.

1. Roguin, *op. cit.*, p. 336.

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

L'INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE DES CAUSES DE DIVORCE ADMISES EN 1884

Il est certain que, si le Code civil a exclu le consentement mutuel, comme cause de divorce, la jurisprudence lui restitue cependant par voie détournée la place que le législateur s'était formellement refusé à lui réserver. On sait que les causes de divorce admises par la loi du 27 juillet 1884 sont, les unes péremptoires, les autres facultatives. Les premières sont l'adultère, la condamnation à une peine afflictive et infamante, et, depuis la loi du 7 juin 1908, la séparation de corps ayant duré trois ans. Elles entraînent le divorce dès qu'elles sont établies et elles ne laissent aucune action propre aux tribunaux. Mais, à côté d'elles, figurent dans le Code les excès, sévices et injures graves, causes facultatives dont l'appréciation a été laissée par la loi au magistrat. Ceux-ci ont à rechercher si les

faits articulés par l'un des conjoints, dans la requête en divorce, sont assez importants pour constituer des excès, sévices ou injures graves. C'est alors qu'apparaît le rôle prétorien de la jurisprudence : elle reprend ici toute son indépendance et, suivant la facilité avec laquelle elle accueille les demandes ou les obstacles qu'elle leur oppose, elle montre son intention de s'en tenir strictement aux règles légales, ou, au contraire, d'en dépasser l'application. Plus spécialement, de toutes les causes facultatives, l'injure grave est celle qui laisse la plus grande latitude à l'appréciation des juges. Or, il n'est pas douteux que, depuis plus de 20 années, la jurisprudence ne s'est pas départie d'un principe d'interprétation extensive (1).

A deux points de vue, la jurisprudence a accompli une œuvre véritablement extensive des causes de divorce. En premier lieu elle a élargi la notion d'injure, en second lieu elle a trop facilement accepté la simulation des causes de divorce.

1° Si les tribunaux ne sont pas libres en ce qui concerne les causes péremptoires de divorce, et même s'ils ne peuvent guère se donner libre

1. Voir à cet égard Valensi : *L'application de la loi sur le divorce*, Paris, 1903 ; Rol, *L'évolution du divorce*, Paris, 1903.

carrière pour les excès et sévices, mauvais traitements matériels non susceptibles de se prêter à une extension indéfinie, il en est autrement pour l'injure grave et il n'est pas exagéré de dire que, de ce chef, la loi du divorce a été véritablement remaniée par les tribunaux qui lui ont donné la « valeur d'un principe susceptible d'applications indéfinies et qui ont assimilé à des injures tout ce qui est fait par l'un des époux contre l'autre en violation de leurs devoirs mutuels de respect et d'affection (1).

Incontestablement, cette interprétation peut se justifier lorsqu'il s'agit de faits qui constituent des procédés déloyaux de l'un des conjoints envers l'autre ou encore un manquement aux devoirs qu'impose le mariage (abandon du domicile conjugal, refus du devoir conjugal, refus du mari de recevoir sa femme au domicile conjugal); il y a alors une faute résultant de l'intention bien arrêtée chez l'un des époux d'atteindre l'autre dans sa considération ou de blesser ses sentiments les plus intimes. Une infraction a été commise contre le droit de l'un des époux au respect de la foi jurée à l'observation des promesses qui ont été échangées le jour de la célé-

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 3^e édit.
n° 1156.

bration du mariage. Dès lors, il est juste que le tribunal prononce le divorce, qui apparaît dans cette hypothèse comme une peine contre le coupable et une compensation, au profit de l'époux victime, de semblables agissements. C'est la seule compensation, d'ailleurs, que la justice puisse accorder et elle ne constitue manifestement qu'une bien modeste réparation, en présence de l'étendue du dommage, qui porte à la fois sur un passé irrémédiablement détruit et sur un avenir peut-être compromis au moins quand il s'agit de la femme.

La décision de la justice est donc alors absolument fondée, mais la légitimité de son intervention est plus douteuse lorsqu'elle cherche à rassembler sous l'épithète d'injures toute une catégorie de faits qui n'attestent nullement une intention injurieuse de l'un des époux vis-à-vis de l'autre. Ces faits se sont produits normalement en dehors de la vie conjugale, dans les rapports de l'un des conjoints avec des tiers, abstraction faite de toute pensée mauvaise vis-à-vis de l'autre époux. Comment, dès lors, pourrait-on soutenir qu'une injure grave a été commise vis-à-vis de ce dernier ? Et cependant les magistrats n'ont pas hésité et, lorsqu'on consulte les recueils judiciaires, on constate que de nombreux divorces sont prononcés pour des

causes qui n'ont, le plus souvent, qu'un rapport des plus éloignés avec le mariage et les devoirs qu'il impose (1). Il y aurait donc une injure objective qui ne résulterait pas d'une intention mauvaise dirigée contre le conjoint, qui découlerait de l'opprobre que tout acte illicite commis par l'un des membres de la société conjugale ferait rejaillir sur cette société elle-même. C'est ainsi que, en dépit du texte de la loi, qui n'admet comme cause de divorce péremptoire en matière de condamnation que celle à une peine afflictive et infamante, les tribunaux ont accepté des condamnations correctionnelles comme suffisantes pour constituer au moins des causes facultatives du divorce. Il suffit de citer les décisions suivantes : condamnation de l'un des époux pour abus de confiance, escroquerie, vol (Tribunal de Toulouse, 5 juillet 1886, D. 88. 2. 52 ; *Gazette du Palais*, 86. 2. 61 ; Paris, 4 décembre 1899, *Le Droit*, 14 février 1900, tribunal de Castelnaudary, 13 août 1885, *La Loi* du 7 mars 1886) ; condamnation pour coups et blessures portés par l'un des époux à sa mère (2).

1. Cf. Hitier, *Le développement de la jurisprudence en matière de divorce depuis 1884*, *Annales de l'Université de Grenoble*, 1894, p. 439 et 1895, p. 39.

2. Trib. de Die, 10 nov. 1887, *Gazette du Palais*, 87. 2. 669, Cf. Dalloz, 90. 2. 104.

Le tribunal de la Seine a même assimilé, à ce point de vue, l'éventualité d'une condamnation correctionnelle à une peine véritablement encourue : « Commet à l'égard de sa femme une injure grave de nature à entraîner le divorce le mari qui, étant percepteur, détourne des titres de rente et des sommes d'argent à lui confiés et s'expose à apporter par là le trouble et le déshonneur dans son ménage » (1). La même conséquence a été considérée par le tribunal de Perpignan le 4 décembre 1893, comme résultant de la mise d'un officier en réforme (2).

Enfin, les magistrats sont allés encore plus loin. Ils se sont appuyés quelquefois sur des faits antérieurs au mariage pour autoriser le divorce. Les actes d'inconduite relevés à la charge de l'un des époux, quoique antérieurs au mariage, n'en ont pas moins un caractère injurieux, s'ils se sont produits alors que le mariage était convenu et annoncé et s'ils se sont continués jusqu'au jour dudit mariage (3).

La conclusion qui se dégage de cette rapide revue c'est qu'au lieu de s'en tenir à la notion

1. Trib. Seine, 2 juin 1890, *Gazette du Palais*, 90, 236, *Le Droit* du 26 juin 1890.

2. *Le Droit* du 17 mars 1894.

3. Trib. Seine, 19 mars 1887, *Gazette du Palais*, 22 mai 1887.

exacte et étroite de l'injure, la jurisprudence lui a attribué un sens des plus général, qui lui permet de prononcer le divorce même dans des hypothèses que les débats parlementaires semblaient, en 1884, avoir irrévocablement exclues. A cette époque, M. Naquet lui-même, dont l'opinion ne saurait être suspecte, avait affirmé que le vol et l'escroquerie ne pourraient être considérés comme une injure grave que par un abus d'interprétation condamnable (1). Il faut, d'ailleurs, noter comme signe d'un mouvement législatif correspondant à cette orientation de la jurisprudence la loi du 7 juin 1908 qui rend obligatoire la conversion en divorce de toute séparation de corps ayant duré trois ans. Le législateur est ainsi venu faciliter dans une certaine mesure la rupture du lien matrimonial.

2° Si la jurisprudence se montre des plus libérale dans sa conception de l'injure, elle n'accueille pas avec une moindre bienveillance les requêtes en divorce fondées sur des causes dont il ne serait assurément pas difficile de découvrir la simulation. Elle arrive à ce résultat par deux voies différentes : tantôt elle n'ap-

1. Glasson, Les effets de la loi sur le divorce, *La Réforme sociale*, 1880, p. 851 et suivantes et Legrand : Les résultats de la loi sur le divorce, *L'Economiste français* des 4 et 11 octobre 1902.

profondit pas la sincérité des motifs allégués, elle ne cherche pas à démêler la vérité derrière les allégations des conjoints. Tantôt elle emploie des procédés expéditifs grâce auxquels l'instance, loin de se prolonger conformément au vœu du législateur de 1884, est rapidement dénouée : « Entrez, à Paris, écrit M. Morizot-Thibault, à l'audience de la quatrième chambre civile, qui a la spécialité de dissoudre les mariages. Elle est encombrée d'affaires. On inscrit par an à son rôle 2.300 demandes de divorce ; et, comme elle connaît des accidents, elle a encore à juger un nombre considérable d'affaires de ce chef. Il faut aller vite. L'enquête sur la demande en divorce a été faite et elle est rapportée à la barre. L'avocat du demandeur présente sa plaidoirie quand il s'agit d'un procès simple et ordinaire. « Inutile, Maître, lui dit le président, d'entrer dans de longs détails, lisez l'enquête, votre confrère vous donnera connaissance de la contre-enquête, le tribunal statuera ». Les lectures sont faites et les juges rendent à l'instant même leur sentence. Lorsque le procès est engagé par la voie de l'assistance judiciaire et que le défendeur fait défaut, c'est bien pire. Il semblerait, au premier abord, qu'on dût prendre des précautions plus grandes, puisque le défendeur n'est pas là pour présenter ses

raisons. Au contraire, on ne fait même pas d'enquête et le tribunal prononce sur de simples renseignements qui lui sont transmis par le commissaire de police du quartier des conjoints » (1). Et l'on arrive ainsi à prononcer dans une seule audience plus de 200 divorces. Les choses vont ainsi plus vite dès que l'assistance judiciaire a été obtenue par l'une ou l'autre des parties. Les bureaux admettent avec la plus grande facilité les requêtes qui leur sont adressées, car ils sont eux aussi assaillis d'affaires et ils songent avant tout à les expédier au plus vite : cela est attesté par les statistiques. C'est ainsi qu'en 1900, sur 7.820 divorces prononcés, près de moitié, d'après M. Louis Legrand (*loc. cit.*), étaient intervenus pour des causes d'assistance judiciaire. « Si on avait plaidé un procès de mur mitoyen ou une affaire d'accident, écrit à ce sujet M. Morizot-Thibault (*loc. cit.*), les avocats auraient longuement déduit leurs arguments. Mais il s'agissait simplement de rompre une union et de dissoudre une famille ! »

Si la justice procède avec rapidité dans les procès en divorce qui reposent sur des causes sérieuses, elle va quelquefois jusqu'à favoriser

1. Morizot-Thibault, La femme et le divorce, *Réforme sociale*, 1901, t. II, p. 195 à 216.

les demandes très faiblement justifiées, de sorte qu'en réalité c'est le divorce par consentement mutuel qui reparaît, dissimulé sous de prétendues causes déterminées. Deux de ces simulations surtout sont très connues. La première est celle d'abandon du domicile conjugal ; la seconde est la simulation d'adultère. Deux époux veulent divorcer. Ils conviennent que la femme abandonnera le domicile conjugal et qu'elle n'obéira pas à la sommation, que lui fera le mari, d'avoir à le réintégrer. Et voici qu'en effet l'huissier survenant, la femme lui oppose un refus formel de rentrer sous le toit du mari. Il y a injure, et, par suite, cause de divorce (1).

En second lieu on recourt très fréquemment à la simulation de l'adultère. Cette fois, le mari, pour lequel la faute a moins d'importance d'après nos mœurs actuelles, s'y prête de bonne grâce ; l'adultère prétendu, établi par le constat du commissaire de police déguise alors le consentement mutuel des époux en vue du divorce. Personne n'ignore que, dans la capitale, certaines agences prêtent avec profit leur entremise à ce genre d'opérations, dont

1. Paris, 11 février 1887, *Gazette du Palais*, 87. 1. 768 ; 8 juillet 1886, S. 86. 2. 164.

elles assurent d'ailleurs le succès par une publicité ostensible (divorce en trois mois, méthode infallible, succès garanti, assistance judiciaire au besoin).

Enfin, il est encore moins compliqué d'échanger, en présence de témoins habilement choisis, des gestes brutaux ou des paroles désobligeantes, dont le souvenir, conservé par les personnes présentes, permettra aux candidats au divorce d'obtenir le résultat visé.

Contre cette facilité protestent avec énergie les partisans du divorce limité à des causes déterminées : « Cela conduit fatalement au divorce par consentement mutuel, remarque M. Morizot-Thibault. Il existait autrefois légalement, mais entouré d'un ensemble de garanties ; aujourd'hui il est prohibé par la loi, mais il s'exerce en fait et il n'a d'autre règle que l'arbitraire des époux ». La jurisprudence ne répugnerait d'ailleurs nullement à des simulations de cette nature pour faciliter le divorce par consentement mutuel ; cela paraît résulter d'abord d'un jugement du tribunal de Château-Thierry du 12 décembre 1901, d'où il résulte en substance que, si les enquêtes, en cette matière, doivent être sérieusement menées, avec prudence et circonspection, rien ne doit empêcher le tribunal, une fois sa conviction

faite, de rompre le lien matrimonial, attendu que « deux êtres ne peuvent, malgré eux, être enchaînés à perpétuité l'un à l'autre » (1). Un jugement du tribunal de la Seine, 4^e Chambre, rendu à l'occasion d'un refus opposé par la femme à la reprise de la vie commune et à la réintégration du domicile conjugal, contient même les attendus suivants :

« Attendu qu'il est bien possible que cette rupture de la vie commune ait été concertée entre les époux, soit que les causes légales ou les preuves aient manqué, soit qu'ils aient voulu abrégé une instance toujours pénible et coûteuse ;

« Attendu qu'un tel expédient, équivalant au consentement mutuel, était d'autant plus facile à régler en l'espèce que les époux sont sans enfants ni fortune..... » (2).

L'exposé de cette jurisprudence démontre clairement que le divorce par consentement mutuel existe dans la pratique, s'il n'a pas encore été officiellement consacré par la loi. La jurisprudence a ainsi incontestablement multiplié les causes de divorce et ce serait certainement une erreur de s'en tenir à celles-là seules

1. *France judiciaire*, numéro du 23 février 1901.

2. Décision rapportée par le journal *La Fronde* du 25 novembre 1902.

qu'indique le Code civil. « Il dépendra toujours des époux, écrit M. Planiol, d'arriver au consentement mutuel par un commun accord. Il suffira que l'un donne à l'autre le droit d'agir par des fautes volontairement commises ; ce sera sans doute une pure comédie, mais qu'ils peuvent toujours jouer, s'ils ne croient pas leur liberté trop chèrement achetée au prix d'un scandale » (1).

En somme il paraît difficile d'aller plus loin que ne l'ont fait déjà nos tribunaux dans les facilités accordées au divorce et dans l'admissibilité des motifs qui l'entraînent. Un observateur informé et sans parti-pris devra reconnaître qu'ils ont ouvert toute grande la porte que le législateur ne faisait qu'entrebailler. Si l'on étudie les cas nouveaux de divorce revendiqués par les réformateurs, tout au plus en trouvera-t-on un ou deux qui ne puissent être d'ores et déjà suppléés par la jurisprudence en matière d'injure grave ; l'une de ces hypothèses est celle de l'absence, l'autre est celle de la folie incurable (2). Et, dans sa préface au livre de M. Rol (*L'évolution du divorce*). M. le docteur Toulouse a écrit : « L'affranchissement du

1. Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 689 à 694.

2. Ambroise Colin, *Revue de Paris*, 1906, p. 555.

mariage hors des liens sans logique et sans humanité rencontre un appui ferme et inattendu pour plusieurs cas dans le juge qui, par l'effort de ses décisions quotidiennes, transforme insensiblement la matière légale... La jurisprudence ne fait que traduire le sentiment public. Elle érige en coutume les habitudes d'esprit de la foule, elle organise de la sorte et indique la besogne législative qui vient simplement arrêter pour un temps les formes extérieures des mœurs nouvelles ». C'est précisément cette œuvre du législateur, c'est-à-dire, les projets actuels relatifs au divorce par consentement mutuel, qu'il reste à étudier.

CHAPITRE II

LE DIVORCE ET L'OPINION

I. — *Les propositions de loi extra-parlementaires relatives au divorce par consentement mutuel*

Le législateur, dans ses projets de réforme, s'est plus ou moins inspiré des idées émises par les littérateurs de l'époque contemporaine. C'est en effet la phalange des romanciers et des auteurs dramatiques qui a pris la tête du mouvement en faveur du divorce par consentement mutuel. Nous résumerons en quelques mots leurs projets avant d'aborder l'examen des dispositions proposées par le législateur. Il y a là certainement la conséquence d'un mouvement qui s'est produit non seulement dans la littérature et la philosophie, mais parmi les économistes.

Il est indéniable que trois influences diverses se sont unies pour lutter en faveur du même

résultat : l'élargissement du divorce et la consécration du consentement mutuel. C'est d'abord l'individualisme littéraire, c'est ensuite l'individualisme juridique et même économique, c'est enfin le féminisme, favorisé et soutenu par les socialistes.

Il est manifeste qu'aucune question ne saurait plus intéresser les romanciers ou les auteurs dramatiques que l'étude des conflits conjugaux. Incontestablement chaque œuvre littéraire reflète plus ou moins les idées personnelles de son auteur, mais celles-ci sont inspirées à leur tour par le mouvement social auquel il se trouve mêlé, par les événements auxquels il assiste, par les revendications qui sont formulées autour de lui : « Si la littérature, par le drame ou par le roman, est incapable de produire un mouvement des idées et de les faire naître, elle est capable, par le plus ou moins d'émotion qu'elle produit en traitant certains sujets, de faire voir et de constater où les idées en sont de leur mouvement naturel et le chemin parcouru depuis une certaine époque et l'imminence de certains dangers et la nécessité de certaines préoccupations, de certaines études, de certains efforts » (1).

1. Alexandre Dumas, *Les femmes qui tuent et les femmes qui volent*, Paris, 1880, p. 58.

Or, si, dans l'ordre du droit public et des rapports sociaux, la tendance actuelle est d'asservir de plus en plus les hommes à l'action dominante de l'Etat, au contraire, dans les rapports de droit privé, et spécialement entre époux, il semble que l'orientation s'affirme dans le sens de la plus large indépendance possible. Il n'est pas facile, d'ailleurs, d'expliquer cette antinomie, il faut se borner à la constater.

Parmi les partisans les plus farouches de la liberté dans le mariage, il faut citer en première ligne les frères Paul et Victor Margueritte (1).

Avant eux déjà, M. Paul Hervieu avait placé dans la bouche de l'héroïne des *Tenailles* les paroles suivantes : « Ah ! oui, j'admets toutes les lois qu'on voudra pour régir les fortunes, déterminer le sort des biens, assurer aux uns leur argent et même celui des autres, mais je n'admets pas que la loi fasse d'un être la propriété à jamais d'un autre être » (1895).

Projet de MM. Paul et Victor Margueritte.
— Les frères Margueritte ont exposé les motifs qui leur semblent militer en faveur d'un élargissement de la loi par l'adoption du divorce par

1. Les deux vies, Mariage et divorce, *La Revue* du 1^{er} décembre 1900, Le Mariage libre, *La Revue* du 1^{er} mars 1901, *L'élargissement du divorce*, Paris, Plon, 1902, 2^e édit.

consentement mutuel (et aussi par la volonté persistante d'un seul) dans leur brochure sur *L'élargissement du divorce*. Ils estiment que « après le long étouffement de la réaction monarchique et religieuse, on n'a osé ouvrir qu'à peine la porte. L'air libre n'a pas encore pénétré les innombrables geôles des mauvais mariages ». Seul, pour eux, le président Magnaud a fait en quelque sorte entrer ouvertement le divorce dans la pratique judiciaire ; mais, comme tout le monde ne peut élire domicile à Château-Thierry, il importe que le législateur se prête à l'éclosion du bonheur pour une multitude d'individus condamnés par ordre au veuvage ou à la chasteté ; et, au nom du principe proclamé par la Révolution (la personne humaine est inaliénable), ils revendiquent le consentement mutuel comme le seul moyen de sortir de situations aussi fausses que douloureuses. Donc, dans leur proposition, le divorce aurait lieu par consentement mutuel, mais les tribunaux seraient incompétents pour décider de la rupture du lien conjugal, les auteurs n'ont point l'intention, d'ailleurs, d'incriminer la magistrature, seulement ils estiment que la jurisprudence manque de chaleur, et que la vieille machine judiciaire, dont les rouages grincent trop souvent, ne permet pas de marcher avec la rapidité

désirable vers la rupture du lien conjugal (1). Par suite, il importe d'aller vite, les époux résolus de divorcer en feront la déclaration au maire de l'arrondissement où ils sont domiciliés, en lui demandant fixation de jour et de lieu pour réunir un tribunal arbitral, qui ne compterait pas plus de trois personnes, deux arbitres nommés par les époux et le troisième par les deux premiers, et dans lequel ne figurerait aucun parent, jusqu'au sixième degré inclus, car leur présence ne servirait qu'à irriter le débat. Ce tribunal enregistrerait la déclaration de la double volonté, déclaration qui serait renouvelée dans la première quinzaine des septième et treizième mois ; et soit après la seconde soit après la troisième déclaration suivant l'appréciation des arbitres, il déclarerait qu'il y a lieu de prononcer le divorce, ce que l'officier de l'état civil serait tenu de faire sous huitaine. Au cas où le divorce serait repoussé, les parties pourraient se présenter devant un nouveau tribunal arbitral, à l'expiration de deux ans s'ils n'admettaient que la persistance de faits anciens, et sans aucun délai s'ils pouvaient alléguer des faits nouveaux postérieurs au rejet.

Mentionnons simplement que dans leur projet

1. *L'élargissement du divorce*, p. 15.

les frères Margueritte demandent également l'adoption du divorce par la volonté d'un seul sans cause déterminée et qu'ils augmentent le nombre des causes de divorce en y ajoutant : les condamnations à une peine correctionnelle, l'aliénation mentale persistant pendant deux ans, le dérèglement des mœurs, la séparation volontaire pendant un an, l'absence pendant deux ans, l'impuissance, les infirmités dégoutantes ou incurables, l'ivrognerie, les dissentiments religieux, etc., et en général toute cause qui paraîtra au tribunal de nature à atteindre profondément le lien conjugal.

Projet de M. Coulon. — La thèse de l'individualisme juridique et social a été défendue avec non moins d'énergie par MM. Naquet et Coulon. Nous connaissons suffisamment les idées de M. Naquet (1) et nous savons que l'éminent défenseur du divorce a dû atténuer de plus en plus ses revendications pour obtenir gain de cause en 1884. Mais M. Coulon a repris la lutte avec vigueur et, s'inspirant d'une foule d'arguments historiques et juridiques, notamment des travaux préparatoires du Code civil, de l'exposé des motifs de Treilhard, des rapports de MM. Léon Renault et de Marcère, il estime que

1. *La loi du divorce*, 1903.

le divorce par consentement mutuel doit être restauré, c'est, selon lui, le seul moyen de concilier la liberté individuelle avec la dignité du mariage. Mais il exige l'observation de formalités plus longues et plus efficaces que celles indiquées par les frères Margueritte : « Le divorce par consentement mutuel et persévérant des époux doit être exprimé d'une manière spéciale et accompagné d'épreuves suffisantes pour prouver que la vie commune est insupportable et que, par suite, il existe une cause péremptoire de dissolution du mariage (1).

M. Coulon s'inspire avant tout du titre 6 du Code civil de 1804, auquel il n'apporte que les modifications qui lui paraissent commandées par l'évolution des mœurs depuis le début du xix^e siècle. Il conserve, en outre, le divorce pour causes déterminées. Pour M. Coulon, trois motifs militent en faveur du consentement mutuel : 1^o l'impossibilité d'établir le divorce pour causes déterminées sans déshonorer celui qui en est l'objet ; 2^o la facilité de simuler des causes déterminées en l'absence de celles-ci ; 3^o la difficulté de prouver les causes déterminées réellement existantes.

1. *Le divorce par consentement mutuel*, Paris, 1902, p. 83.

L'étude précédemment faite du Code civil de 1804, nous dispense d'examiner en détail les idées de M. Coulon. Bornons-nous à dire qu'elles diffèrent sur quatre points du système de 1804 : 1^o ce mode de divorce serait possible, même après vingt ans de mariage et lorsque la femme aurait dépassé 45 ans (art. 277 supprimé); 2^o le consentement des ascendants exigé par l'article 278, et qui devait être constaté quatre fois au cours de la procédure, n'est plus nécessaire; 3^o aucun délai n'est imposé aux époux divorcés pour se remarier, sauf bien entendu, pour la femme, le délai de viduité de dix mois exigé pour des motifs supérieurs (art. 297); enfin 4^o il n'existe plus de garantie en faveur des enfants, l'article 305 est en effet rapporté et les enfants n'ont plus aucun droit à la moitié des biens de chacun des époux.

Projet de M. Magnaud. — M. Magnaud adressa aux Chambres sous forme de pétition un projet de loi sur le divorce (1).

Il augmente d'abord considérablement le nombre des causes pouvant motiver le divorce, en reproduisant le projet des frères Margueritte; il introduit ensuite le divorce par déclaration de volonté unilatérale pour lequel il exige un délai

1. *Officiel*, 1906, Chambre, Annexe n^o 2863.

de trois ans. Enfin pour le divorce par consentement mutuel M. Magnaud fait appel aux juges et non aux arbitres ; il supprime les articles 275 (âge des époux), 276-277 (fixation d'une période en deça et au delà de laquelle le divorce ne peut pas être demandé), 278 (consentement des parents), 297 (délai pour le mariage des époux divorcés) et 305. Il n'exige que trois comparutions à six mois d'intervalle, le prononcé du divorce devant avoir lieu dans la première quinzaine du douzième mois à partir de la première comparution. Enfin, disposition importante, le procès-verbal de non-conciliation dressé par le juge lors de la troisième comparution à tous les effets d'un jugement définitif et doit être exécuté comme tel notamment transcrit sur les registres de l'état civil. Ce projet, comme on peut le voir par ce rapide exposé, s'inspire et du Code civil et du projet des frères Margueritte.

II. — *Socialisme et divorce*

La campagne en faveur de l'élargissement du divorce n'a pas été menée seulement par des littérateurs ou des juristes ou par des économistes de l'école individualiste, elle a rencontré des défenseurs même dans le socialisme et celui-ci s'est

prêté volontiers à soutenir les revendications féministes. Il y a là un mouvement qui remonte au début du xix^e siècle.

D'abord pour les Saint-Simoniens, le divorce est licite, mais il doit être prononcé par le Grand Prêtre de la religion qu'ils ont fondée, lorsque certaines preuves auront permis de considérer comme impossible le maintien de la vie commune (1). Rien ne s'opposerait, dès lors, à ce que le divorce par consentement mutuel fut admis. On sait que Fourier était aussi très partisan de l'union libre et, par suite, de la plus grande facilité de rupture du lien conjugal (2). Pecqueur, bien qu'avec certaines réserves accepte le divorce : « On ne comprend pas le divorce dans une société libre et morale qui exige de tous ses membres la pratique de la fraternité. Dans le cas d'incompatibilités invétérées, irrémédiables, on exclut, car l'incompatibilité révèle, implique, l'immoralité des deux époux. Il n'y a donc pas lieu au divorce dans une telle société... Mais, dans le cas où l'un des deux serait seul banni du sein de l'association pour cause d'incompatibilité absolue de son fait, l'autre, étant reconnu

1. Thiébaux, *Le féminisme et le socialisme*, thèse, Paris, 1906, p. 49.

2. *Théorie des quatre mouvements*, Paris, 2^e édit., 1844, p. 169, 189, 192.

irréprochable, devrait être selon nous autorisé à se remarier » (1).

Malgré son enthousiasme pour l'indissolubilité du lien conjugal, Cabet, après avoir posé en principe que les époux s'associent pour la vie et se donnent l'un à l'autre sans réserve ajoute : ils doivent être assez raisonnables « pour ne jamais manquer à leurs engagements » (c'est un devoir envers la République) ; cependant, s'ils demandent le divorce, celui-ci ne leur est accordé que quand la famille des époux le juge indispensable. Le divorce ainsi réglementé leur permet de chercher dans une nouvelle assemblée conjugale le bonheur que leur refusait la première (2). C'est donc la famille qui est souverain appréciateur de la légitimité du divorce, et le consentement mutuel est admis.

A une époque plus rapprochée de nous, les socialistes réclament que l'homme et la femme « ne soient pas obligés de subordonner leur union aux considérations de fortune et de convenance sociale qui sont la règle des mariages d'aujourd'hui et que leur unique lien soit celui de l'estime et de l'affection » (3). Mais en s'orien-

1. Pecqueur, *La République de Dieu, Pratique immédiate de l'égalité et de la fraternité universelle*, Paris, 1845, p. 196.

2. Cabet, *Voyage en Icarie*, 1843, p. 141.

3. Pelloutier, *Revue socialiste*, mai 1894, La Monogamie et le divorce.

tant dans cette voie, la doctrine socialiste paraît se rapprocher plutôt de l'union libre que d'une réglementation proprement dite du mariage, et la question du divorce par consentement mutuel ne se pose même plus; cette union peut être rompue dès qu'elle ne procure plus les satisfactions recherchées, « dès que l'amour cesse d'un côté, la séparation est non seulement un droit, mais un devoir social et chacun des amants doit être libre de contracter une nouvelle union » (1).

La seule conclusion intéressante qui se dégage des idées socialistes, c'est que ce parti est éminemment favorable à toutes les causes de nature à faciliter la rupture d'un lien conjugal devenu insupportable, par conséquent au divorce par consentement mutuel. « Nous devons nous borner à travailler, écrit Benoît Mallon, à l'avènement du proche avenir qu'inaugurera le régime des unions monogamiques librement contractées et, au besoin, librement dissoutes par simple consentement mutuel, ainsi que se font déjà les divorces dans divers pays européens, à Genève, en Belgique, en Roumanie, etc., et la séparation en Italie. Le mauvais de la famille

1. Spakelberg, *Les femmes et la Révolution*, Paris, 1883, t. II, p. 15.

actuelle, ce n'est pas la monogamie, c'est la quasi-indissolubilité légale » (1).

En résumé, tous les socialistes se trouvent d'accord pour revendiquer l'extension du divorce au double point de vue de l'élargissement de ses causes et de la simplification de ses formalités. Incontestablement, le divorce n'existerait plus dans la société future sur laquelle ils comptent, car le mariage lui-même serait aboli, mais, dans l'état social actuel, le divorce, comme disposition transitoire, ne peut être qu'approuvé et élargi.

III. — *Les travaux législatifs*

Tel est l'aspect sous lequel s'est dessiné, développé et finalement imposé le mouvement en faveur du divorce par consentement mutuel au cours du siècle passé. Il est dès lors facile de comprendre qu'un courant d'idées, auquel s'est intéressée la société toute entière, qui a trouvé des adeptes, non seulement parmi les juristes, mais encore dans le monde des lettres, des philosophes et des économistes, n'ait pu laisser le législateur indifférent. La loi de 1884 n'avait été

1. Benoit Malon, *Le socialisme intégral*, Paris, 1894, p. 354.

considérée par les partisans du divorce que comme une disposition transitoire destinée à acclimater l'institution en France, à habituer les esprits à la pratique de ce nouveau mode de rupture du mariage ; mais cette première réforme en appelait d'autres. Les concessions que M. Naquet avait dû consentir en 1884 pour assurer le succès de son projet n'étaient point irrévocables dans sa pensée, et, sous son influence, ont été élaborées diverses propositions, qui présentent ce caractère commun que, toutes, elles étendent les causes de divorce. C'est ainsi que de nouveaux motifs valables de divorce seraient le refus par le mari de subvenir à l'entretien de la femme, l'impuissance, l'ivrognerie habituelle, les dissentiments religieux, l'aversion profonde et invincible d'un époux contre l'autre, et enfin, une dernière cause qui serait la cause générale indéterminée : toute cause non prévue qui paraîtra de nature à atteindre profondément le lien conjugal (1).

Mais nous bornons notre étude au consentement mutuel.

1^o *Proposition de loi Morlot.* — Parmi les tra-

1. En ce sens, MM. Paul et Victor Margueritte, *Quelques idées*, Paris, 1905 et l'opinion de M. Magnaud, cité dans ce livre, p. 101 et s.

vaux législatifs, dans l'ordre chronologique, la première proposition de loi est celle de M. E. Morlot, déposée à la Chambre le 15 déc. 1905 (1). Cette proposition qui contient dans l'exposé des motifs la pétition du président Magnaud, a pour objet le rétablissement du divorce par consentement mutuel. M. Morlot expose rapidement les avantages qu'il y aurait à l'adoption du consentement mutuel, mais il est résolument opposé à l'introduction du divorce par la volonté d'un seul : « Cette innovation nous semble, dans l'état des mœurs, prématurée et dangereuse. Nous avons indiqué les scandales auxquels donna lieu son usage dans les législations antérieures. Nous avons vu, d'autre part, qu'aucune législation importante n'a cru à propos de l'établir. Des objections d'un ordre plus spécial s'élèvent d'ailleurs contre l'introduction du divorce par volonté unilatérale dans le corps de nos lois. Le mariage est un contrat synallagmatique conclu par deux volontés et il ne peut être résolu, en dehors des cas prévus par la loi, que par l'accord de ces volontés ».

M. Morlot apporte au ~~texte~~ du Code civil des modifications importantes : les articles 275, 276, 277, 278 sont supprimés ; de même les arti-

1. *J. O.* du 21 avril 1906, ch. annexe, n° 2863.

cles 297 et 305 ; l'intervention des notaires n'est plus indispensable ; la déclaration faite par les époux est renouvelée une fois seulement dans la première quinzaine du sixième mois qui suit la première déclaration. Enfin le procès-verbal de non-conciliation dressé par le juge à tous les effets d'un jugement c'est en somme le projet de M. Magnaud, moins la répudiation.

2° *Proposition de loi Louis Martin.* — Une autre proposition tendant au rétablissement du divorce par consentement mutuel fut présenté à la Chambre des députés par M. Louis Martin, dans la séance du 2 juillet 1906 (1). Pour M. Martin, dès que le divorce existe, il ne paraît guère admissible que la volonté des époux, exprimée et réitérée dans une certaine forme ne soit pas considérée comme une cause de dissolution de l'union conjugale, car il n'en est pas de plus décisive. M. Martin rétablit dans leurs grandes lignes les dispositions du Code civil abrogées en 1816 (art. 275, 276-279 à 294 et art. 305, ch. III, liv. VI, titre I). Les seuls articles supprimés sont les articles 277, 278 et 297. La procédure du divorce par consentement mutuel comporterait cinq déclarations successives, lorsque les époux ont, le mari 25 ans et la femme

1. *J. O.*, Ch. 1906, annexe n° 164.

21 ans, et que le mariage a duré deux ans. Ces cinq déclarations doivent avoir lieu de trois mois en trois mois devant le président du Tribunal, en présence de deux notaires, et, la dernière fois, de quatre notables citoyens amis des parties, plus le greffier ; l'homologation est donnée par le Tribunal en Chambre du Conseil, le ministère public entendu. L'homologation ne peut être refusée que si les conditions requises d'âge et de procédure ne sont pas réunies. Après quoi a lieu le prononcé du divorce par l'officier de l'état civil.

Ce qu'on peut critiquer surtout dans cette proposition, c'est la nécessité de déclarations multiples sans utilité démontrée, et l'obligation de recourir à des témoins dont la nécessité n'est pas absolument manifeste. Enfin, la présence des notaires pourrait, semble-t-il, être sans inconvénients remplacée par le ministère du greffier qui serait moins onéreux et qui, lui, fait partie du Tribunal. La proposition Morlot avait sur celle de M. Martin la supériorité d'écarter les notaires et de réduire à deux le nombre des déclarations. Enfin, on n'aperçoit pas pourquoi le consentement mutuel, bon pour le divorce, est mauvais pour la séparation de corps et quelles sont les raisons d'ordre supérieur qui s'opposent à la généralisation de cette cause. De cette

manière, un mode nouveau de relâchement du lien conjugal serait mis à la disposition des personnes qui, par suite de leurs convictions religieuses ou pour d'autres raisons, ne veulent pas recourir au divorce. C'est incontestablement se placer à un point de vue un peu étroit que de restreindre ainsi la portée d'une réforme présentée par ses partisans comme socialement utile.

3° *Proposition de la commission nommée pour examiner la proposition de M. Louis Martin. Rapport de M. Viollette.* — La proposition de M. Martin renvoyée à la commission de la réforme judiciaire et de la législation civile et criminelle, y subit d'assez profondes modifications. Il résulte du rapport lu à la Chambre au nom de cette commission par M. Maurice Viollette (1) à la séance du 8 février 1907 que le divorce par consentement mutuel serait possible, aux conditions suivantes : 1° âge de 25 ans pour le mari et de 21 ans pour la femme ; 2° ce mode de divorce ne peut être demandé qu'après trois ans de mariage ; 3° il faut que les époux se soient préalablement mis d'accord sur l'inventaire et la liquidation de leurs biens ainsi que sur la garde des enfants, la pension alimentaire et la résidence de la femme pendant la procédure ;

1. *J. O., Ch.*, annexe n° 749.

4° qu'ils introduisent leur demande dans une comparution devant le président du Tribunal, mais sans notaires. D'autre part, les père et mère ou autres ascendants, dont le consentement n'est plus exigé, doivent assister ou au moins être appelés à la première comparution où leur rôle se bornera à celui de conciliateurs ; 5° qu'ils renouvellent cette comparution trois fois au cours du temps d'épreuve, qui est porté de un à deux ans ; 6° que le tribunal en chambre du conseil admette la régularité de la procédure et prononce le divorce ; 7° qu'il n'y ait pas d'appel.

Finalement, si l'on compare le texte arrêté par la commission avec le système du Code civil, on constate que les conditions suivantes, exigées en 1804, disparaissent en 1907 : 1° ne pas avoir plus de 20 ans de mariage et que la femme n'ait pas dépassé 45 ans ; 2° la nécessité du consentement des père et mère ou autres ascendants ; 3° la nécessité de renouveler la dernière comparution devant le président du Tribunal, en présence de quatre amis notables citoyens et âgés de 50 ans au moins ; 4° l'obligation d'observer les dispositions de l'article 305, qui attribuaient de plein droit la nue-propriété de la moitié des biens de chaque époux aux enfants dès le jour de la première déclaration ;

5° l'obligation de ne pas contracter un nouveau mariage dans un délai de trois ans du jour du prononcé du jugement (art. 297).

La commission estime que les garanties qu'elle accorde sont très suffisantes. Il y a, en effet, des précautions qui sont prises et qu'on ne rencontre pas dans les instances en divorce pour causes déterminées.

C'est d'abord l'obligation pour les candidats au divorce par consentement mutuel de dresser l'inventaire et la liquidation de leurs biens.

Puis les époux doivent se mettre préalablement d'accord sur la garde des enfants et la pension alimentaire due à la femme sans fortune car c'est là une des occasions de litige les plus fréquentes. Il appartient sans doute au président du Tribunal d'apprécier, et ensuite au Tribunal d'envisager la manière dont les difficultés relatives à la garde des enfants et à la pension alimentaire doivent être résolues, mais, lorsque les deux époux sont d'avis de rompre leur union, ils doivent se préoccuper eux-mêmes de toutes les conséquences qui seront la suite de la rupture et régler l'avenir de leurs enfants aussi bien que leur propre entretien.

Le délai minimum pour divorcer serait de trois ans, auxquels il faut ajouter un délai de deux années d'épreuve, de sorte que, finalement,

les époux auraient devant eux cinq années de réflexion, et le divorce par consentement mutuel ne saurait être prononcé au plus tôt que cinq ans après le mariage. Cette aggravation du Code de 1804 (qui se contentait de trois ans en tout) paraît légitime à la commission, comme compensation de la suppression des articles 297 et 305, dont les prescriptions ne semblent plus d'accord avec les mœurs. C'est là encore une différence avec le divorce pour causes déterminées, où l'action peut être introduite le lendemain même du mariage.

Enfin, au lieu de laisser les époux, pendant l'instance, tenir un rôle passif et confier à leurs avoués et à leurs avocats le soin de s'occuper de toutes les démarches, le temps d'épreuve de deux ans est, dans le système de la commission, occupé par trois comparutions qui doivent avoir lieu en personne devant le président ou le juge désigné par lui. Il faudra donc que, trois fois, les époux se mettent d'accord pour prendre date en vue de cette démarche, pour laquelle personne ne pourra les remplacer. A trois reprises le juge les invitera à comparer leur vie d'aujourd'hui avec celle d'hier et profitera du moindre revirement pour dresser un procès-verbal de conciliation qui anéantira toute la procédure antérieure.

La commission estime qu'avec ces précautions ne divorceront que ceux qui seront poussés par des raisons graves.

Enfin, la commission désireuse de donner satisfaction aux vœux des catholiques et de ne froisser aucune conviction introduit le consentement mutuel comme cause de séparation de corps.

Ainsi se trouve consacré le divorce par consentement mutuel dans le rapport déposé au nom de la commission de réforme judiciaire par M. Maurice Viollette.

Ce projet apporte des améliorations importantes au texte de 1804, il nous semble cependant que sur certains points il pourrait être modifié. Reprenons-en un à un les divers articles qui demandent des transformations ou des explications :

Art. 233. — « Le consentement mutuel et persévérant des époux exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce. »

C'est le principe même du divorce par consentement mutuel qui est introduit à nouveau dans notre législation.

Art. 275. — « Le consentement mutuel des époux ne sera point admis si le mari a moins de vingt-cinq ans ou si la femme est mineure de vingt-un ans. »

Cette mesure se justifie d'elle-même : il ne faut pas, en effet, laisser à trop de jeunes gens une faculté aussi dangereuse que celle du divorce par consentement mutuel.

La distinction faite, au point de vue de l'âge, entre l'homme et la femme ne s'explique pas au premier abord, surtout depuis que la loi du 21 juin 1907 est venue fixer la majorité matrimoniale à vingt-un ans, pour les deux sexes. Pourquoi n'en ferait-on pas autant en cas de divorce ? et ne mettrait-on pas les deux époux sur le même pied d'égalité ? C'est que pour le divorce il existe un motif spécial qui empêche de faire cette réforme ; dans son rapport (page 18) M. Viollette le présente ainsi : « Il arrive souvent, et les statistiques révèlent, qu'au moment de la conscription, un certain nombre d'hommes sont déjà mariés.

« Nul doute que par suite de cette longue absence de deux ans, le lien conjugal ne devienne singulièrement distendu. Ne serait-il pas souverainement imprudent de mettre comme à la portée de la main d'aussi jeunes époux un tel moyen de rompre leur mariage.

« Le coude à coude perpétuel, une sorte de camaraderie résultant du fait de la vie en commun et aussi pour dire les choses brutalement les habitudes prises, feront toujours hésiter, hors le cas de dissentiment irréductible, à user de la faculté du divorce par consentement mutuel. Ce frein n'existerait pas au contraire pour ceux que les nécessités du service militaire éloignent l'un de l'autre à ce point que la vie de famille est presque suspendue. »

Art. 276. — « Le consentement mutuel ne sera admis qu'après trois ans de mariage. »

Cette augmentation d'un an, du délai fixé par le Code civil, ne peut se justifier de l'aveu même de M. Viollette que comme mesure temporaire : « Il convient, dit-il, surtout au début, de n'avancer qu'avec une extrême prudence » ; d'autre part « il faut faire la réforme avec le moins de résistance possible ». L'article 276 nouveau, apparaît donc comme une concession passagère aux adversaires du divorce.

Le délai du Code civil, était cependant largement suffisant pour que les froissements inévitables qui se produisent au début des mariages ne devinssent pas des motifs de divorce.

Art. 277. — Les époux déterminés à opérer le divorce par consentement mutuel seront tenus de faire préalablement inventaire et estimation de

tous leurs biens meubles et immeubles et de régler leurs droits respectifs sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger.

Les époux sont d'accord pour se séparer, il est naturel qu'ils liquident eux-mêmes la société conjugale qu'ils vont dissoudre, d'abord en faisant l'inventaire de leurs biens, nécessaire au règlement des droits, qui interviendra ensuite. Dans le divorce pour causes déterminées c'est la justice qui prononce sur ce point; mais dans le divorce qui nous occupe, il ne faut pas oublier que le juge n'intervient que pour vérifier et sanctionner la volonté des conjoints.

On objectera que ce règlement d'intérêts peut empêcher l'accord des époux en vue du divorce, mais comme le dit M. Coulon « il n'est pas dans l'esprit de la loi d'encourager le divorce, l'obligation dont il s'agit ici a été au contraire imposée aux époux pour rendre le divorce plus difficile » (1).

Art. 278. — « Ils seront pareillement tenus de constater par écrit leurs conventions sur les trois points suivants :

1° A qui les enfants nés de leur union seront confiés soit pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé ;

1. Coulon, *Le divorce par consentement mutuel*, 1902, Marchal et Billard, p. 115.

2° *Dans quelle maison la femme devra se retirer et résider pendant le temps des épreuves ;*

3° *Quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même temps si elle n'a pas de revenus suffisants pour fournir à ses besoins. »*

« C'est, à notre avis, dit M. Coulon (1), un des meilleurs arguments en faveur du divorce par consentement mutuel, que l'obligation imposée aux époux décidés à divorcer de régler eux-mêmes la question de la garde des enfants et la question des intérêts pécuniaires. Avec la loi actuelle, les magistrats jugent en cette matière comme les aveugles des couleurs..... il est certain que mieux qu'eux les parents sont à même de trancher une semblable situation ».

On peut objecter : l'époux coupable ne voudra jamais être sacrifié dans l'affection de ses enfants, ni subir les injonctions de son conjoint, comment alors pourra-t-il y avoir entente ? — L'époux dont la conduite aura entraîné la rupture du mariage n'aura aucun intérêt à exaspérer son conjoint par son intransigeance, car celui-ci aura toujours comme dernier recours le divorce pour cause déterminée dont la menace amènera certainement le coupable à composition.

Art. 279. — « Les époux se présenteront ensemble et en personne devant le président du tri-

1. Coulon, *loc. cit.*, p. 120.

bunal civil de leur arrondissement sur simple convocation de ce dernier, ou devant le juge qui en fera les fonctions et lui feront la déclaration de leur volonté en présence de leurs pères et mères, ou à défaut des pères et mères, des ascendants ou eux dûment appelés. »

Cet article supprime l'intervention des notaires dans la procédure ; il est certain que leur présence était inutile et ne servait, tout en faisant supposer que ce mode de divorce est réservé aux personnes riches qu'à augmenter les frais ; la présence du juge est suffisante pour authentifier la demande en divorce.

Ici se pose une question intéressante : qui vaut-il mieux employer dans la procédure du divorce par consentement mutuel, le juge ou des arbitres nommés par les parties, comme le voulait la loi de 1792 et comme le demandent encore les frères Margueritte ?

En somme, de quoi s'agit-il ? De recevoir une demande en divorce, d'en donner acte, de faire aux époux les représentations nécessaires et de leur montrer les conséquences de leur démarche. Il nous semble que pour cela un juge est mieux qualifié qu'un simple particulier, fût-il parent ou ami. On peut objecter : le juge est un étranger, il parlera donc avec plus ou moins d'indifférence, il pourra faire entendre la voix

de la raison, mais non celle du cœur. — Dans ce mode de divorce, il ne faut pas oublier que toute autre personne que les époux est en somme un étranger, car eux seuls peuvent apprécier les raisons qui les font agir ; les représentations des arbitres seront forcément comme celles du juge tirées de considérations générales et non du fait particulier qui motive la demande, fait qu'ils ne connaîtront pas.

De plus, que de complications, de dérangements, de lenteurs ; les parents, les amis ne se trouvent pas toujours à proximité ; il faut alors les convoquer, les indemniser au besoin de leurs frais de voyage, du temps perdu. Si bien que le plus souvent, surtout dans la classe pauvre, on serait obligé de prendre comme arbitre le premier venu, un voisin par exemple ; quelles garanties offrirait alors un tribunal arbitral ainsi composé ? Sans parler des dissentiments entre arbitres, toujours portés à soutenir celui des époux qu'ils représentent, à compliquer le différent.

Quant à la présence des parents et à leur rôle de conciliation, M. Viollette les justifie ainsi : « Après tout, s'il est très naturel que les parents n'aient pas la prétention d'empêcher leurs enfants de divorcer, il est aussi bien légitime qu'ils soient avertis qu'un événement aussi con-

sidérable et qui intéresse toute la famille est imminent » (1).

L'ancien article 278 du Code civil exigeant le consentement des parents était vraiment inexplicable : sur quoi pouvaient-ils se baser pour donner ou refuser leur consentement, si, par pudeur, les époux ne leur dévoilaient pas les motifs de leur séparation? D'autre part, comme le disait Tronchet lors de la discussion du Code civil, « c'est une expérience bien vaine que celle qui fait croire que les ascendants tempéreront les passions et empêcheront le divorce lorsqu'il ne sera pas réellement nécessaire. L'expérience a détruit depuis longtemps cette illusion. Qu'on interroge les magistrats, les hommes de lois, même ces individus qui vivent de divorces, tous attesteront que l'intervention des familles est une ressource abusive. Des pères et des mères partagent assez souvent l'ambition ou la cupidité de leurs enfants..... Il y a plus, on ira jusqu'à acheter le consentement de la famille et le divorce deviendra ainsi un foyer de crimes et de malheurs ».

Art. 280. — Le juge fera telles représentations ou exhortations qu'il croira convenables. Il donnera aux époux lecture du chapitre 4 du pré-

1. V. *Rapport*, p. 22.

sent titre qui règle les effets du divorce et leur développera toutes les conséquences de leur démarche.

Art. 281. — Si les époux persistent dans leur résolution, il leur sera donné acte par le juge de ce qu'ils demandent le divorce et y consentent mutuellement et ils seront tenus de produire et de déposer à l'instant entre les mains du juge, outre les actes mentionnés aux articles 277 et 278 :

1° Les actes de leur naissance et celui de leur mariage ;

2° Les actes de naissance et le décès de tous les enfants nés de leur union ;

3° Lorsque ceux-ci n'auront pas comparu en personne, l'original des sommations adressées aux pères et mères et autres ascendants d'assister à la comparution, ou leur acte de décès ou tout autre acte en tenant lieu.

Art. 282. — Il sera dressé procès-verbal de tout ce qui aura été fait et dit en exécution des articles précédents. Les pièces produites demeureront annexées au procès-verbal qui devra les énumérer.

Il n'y a rien à dire sur ces articles qui édictent des mesures d'une utilité incontestable et apportent d'heureuses modifications à la procédure établie par le Code civil.

Art. 283. — La déclaration ainsi faite sera

renouvelée trois fois avec délai minimum de six mois entre chaque comparution, Les parties ne seront pas tenues à répéter la production des pièces déjà versées.

Procès-verbal sera dressé à chacune de ces comparutions, Si au cours d'une des comparutions, l'un des époux affirme sa volonté de renoncer au divorce, il devra être requis de signer aussitôt une déclaration en ce sens en présence de l'autre époux qui sera aussi invité à signer.

Les trois comparutions exigées par cet article, ajoutées à la première où la demande est introduite, et à la cinquième où le divorce est prononcé, nous semblent avoir été commandées par une prudence exagérée. Trois rencontres (en tout) des époux sont bien suffisantes pour amener une réconciliation qui se produit du reste rarement.

Art. 284. — A l'expiration de la seconde année révolue à compter de la première déclaration, chaque époux ayant constitué avoué présentera requête au président du tribunal. La requête devra viser les quatre procès-verbaux prévus aux articles 282 et 283 ainsi que les pièces y annexées. L'assignation sera délivrée à trois jours francs devant le tribunal. L'affaire sera instruite en la Chambre du Conseil.

Le projet aggrave encore sur ce point le sys-

tème du Code civil, en portant le délai d'épreuve de un an à deux ans. La solution du Code était cependant préférable à notre avis : le délai d'un an était suffisamment long pour donner aux époux le temps de réfléchir et il ne l'était pas assez pour exaspérer deux êtres qui ne demandent qu'à être libres. En supposant que la cause de désunion se produise au début du mariage (c'est là l'exception, sans doute, la plus grande partir des demandes en divorce étant formées, d'après les statistiques entre la cinquième et la quinzième année de mariage. mais le cas peut se présenter cependant), les époux seront obligés d'attendre, d'abord, d'avoir trois ans de mariage pour introduire leur demande en divorce ; puis deux ans encore pour le réaliser ! Cinq ans d'attente, n'est-ce pas trop, surtout pour des jeunes gens qui, reconnaissant qu'ils ne peuvent vivre ensemble, ont hâte d'essayer à nouveau de fonder une famille, de créer le foyer de paix, d'affection, d'amour qu'ils ont entrevu dans leurs rêves.

Sans aller jusqu'à l'exagération des délais trop courts fixés par les lois de la Révolution, revenons donc au délai raisonnable du Code civil.

Art. 285. — Le tribunal après avoir constaté la régularité de la procédure et la volonté mutuelle

et persévérante des époux, prononcera le divorce conformément aux dispositions du présent chapitre.

Le jugement donnera acte aux époux de leurs accords sur la garde des enfants et sur la pension alimentaire.

Il sera fait masse des dépens.

Art. 286. — L'appel du jugement qui aurait déclaré ne pas y avoir lieu à admettre le divorce ne sera recevable qu'autant qu'il aura été interjeté par les deux parties et néanmoins par actes séparés dans les vingt jours du prononcé du jugement.

L'appel du jugement qui aurait admis le divorce pourra dans le même délai être formé par l'une ou par l'autre des parties.

La Cour statuera dans les trois mois de l'appel également en Chambre du Conseil.

La procédure du divorce par consentement mutuel est réduite au minimum dans le projet de la commission ; il suffit d'une simple lettre pour que les parties soient convoquées devant le président du tribunal ; celui-ci effectue lui-même le dépôt au greffe des pièces nécessaires. Les comparutions qui interviennent par la suite ne comportent pas plus de procédure que la première : elles se produisent également après une demande par lettre, sur simples convocations

du président ou du juge en faisant fonction. Il n'y a qu'à l'expiration du délai d'épreuve que les parties sont obligées de constituer avoué, leur ministère est en effet indispensable puisqu'il y a lieu de prendre jugement.

Chaque époux présente au président du Tribunal une requête visant les procès-verbaux de comparution et les pièces y annexées. L'assignation est délivrée à trois jours francs devant le Tribunal qui statue en chambre du conseil. La dernière comparution qui dans le Code civil comprenait deux actes : 1^o devant le président en présence de deux notables de l'arrondissement, et 2^o après l'ordonnance du juge devant le Tribunal, ne comprend plus que le second.

Le Tribunal constate la régularité de la procédure, la ferme volonté des époux et prononce lui-même le divorce, au lieu de renvoyer les parties, comme le prescrivait le Code devant l'officier de l'état civil ; puis il donne acte aux parties de leurs accords sur la garde des enfants et la pension alimentaire due à la femme. Naturellement si la loi n'était pas appliquée le devoir du ministère public serait d'intervenir ; un texte législatif comme l'ancien article 289 est inutile.

L'appel du jugement rejetant le divorce doit nécessairement être fait en même temps par les deux conjoints, car s'il n'en était pas ainsi le

consentement mutuel n'existerait plus. Il doit être interjeté dans les vingt jours du jugement et la cour doit statuer dans les trois mois, mais en chambre du conseil.

Enfin il peut y avoir appel d'un jugement admettant le divorce ; c'est la preuve que la partie qui fait appel revient sur sa décision et retire le consentement qu'elle avait donné jusqu'ici. La cour constatera que l'accord des volontés, indispensable à la réalisation du divorce n'existe plus et rejettera la demande,

Telle est la procédure simplifiée qui conduira les conjoints au divorce et à la liberté.

Le projet que nous venons d'analyser brièvement, contient de très heureuses innovations et, à part les quelques points que nous avons signalés, mérite pleinement, selon nous, d'être inscrit dans nos lois.

CONCLUSION

NÉCESSITÉ D'ADMETTRE LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Autant le divorce par la volonté d'un seul, et certaines causes de divorce comme l'aliénation mentale, dans le détail desquels nous n'avons pas à entrer, peuvent susciter de difficultés, et être combattus par des arguments irréfutables autant le divorce par consentement mutuel se présente comme une amélioration de l'œuvre du législateur de 1804. Ne visant qu'au respect de l'ordre social. M. Poincaré lui-même, dont les opinions ne sont pas suspectes de tendances trop novatrices, a déclaré en 1900 : « J'accepterais pour ma part, sans enthousiasme mais sans effroi, que le divorce par consentement mutuel passât dans notre législation. Il s'est, en fait, malgré la loi, glissé dans les usages. Lorsque deux époux sont d'accord pour

divorcer, ils n'ont jamais grand'peine à concerner la comédie nécessaire pour masquer leur entente et pour les amener rapidement au résultat désiré. Il serait peut-être plus simple et plus loyal d'autoriser les tribunaux à prononcer le divorce lorsque seraient suffisamment établies la liberté et la persistance du double consentement » (1).

Il est certain qu'aujourd'hui le sentiment de M. Poincaré est celui d'un grand nombre de bons esprits. Dans la campagne vigoureuse et incessante qui est menée depuis quelques années en faveur de l'élargissement de la loi du divorce, il n'est peut-être pas de revendication plus ardemment soutenue que la consécration du consentement mutuel, et M. Naquet doit être satisfait quand il compare l'heure présente aux temps difficiles où il luttait péniblement en faveur du divorce. « J'avais escompté, écrit le célèbre parlementaire, la venue future d'esprits libres qui reformeraient ma réforme », et la discussion à laquelle il les avait conviés a attiré un grand nombre de novateurs sur lesquels il comptait (2).

Mais il convient de proscrire un argument

1. Cité dans le rapport de M. Violette, p. 14.

2. Cf. Naquet, *La loi du divorce*, 1903.

qui a été souvent invoqué en faveur du consentement mutuel. On a dit et répété que le mariage, étant un contrat de caractère synallagmatique, doit, comme tout contrat, pouvoir se dissoudre par la volonté de ceux qui l'ont formé. Or, il n'y a pas d'idée plus inexacte et cet argument serait de nature à compromettre plutôt qu'à favoriser la fortune du divorce par consentement mutuel (1).

En faveur de l'idée que le mariage serait un contrat, on invoque le principe posé en 1791 : la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil et l'on en déduit que, suivant le droit commun des contrats, le mariage peut être dissous, de même qu'il a été créé, par le consentement mutuel. Ce sont là des idées courantes chez nombre de littérateurs et de parlementaires. Par exemple, M. Masson-Forestier compare le mariage à une association et il affirme que la dissolution s'impose, dès que le but du contrat ne peut plus être atteint (2). MM. Paul et Victor Margueritte sont du même avis (3).

1. Cf. Ambroise Colin, *Revue de Paris*, 1^{er} octobre 1906, p. 559 ; Alfred Valensi, La réforme du divorce, *Revue politique et parlementaire*, n° du 10 sept. 1907, p. 543.

Tissier, Rapport sur la question de l'extension des causes du divorce présenté à la Société d'études législatives, *Bulletin de cette société*, 1906, p. 121 et s.

2. Cité dans *Quelques idées*, p. 172.

3. *Quelques idées*, p. 105.

D'autre part, ils ajoutent que « on a été deux pour contracter, on est deux pour rompre, l'essence du contrat synallagmatique est respectée (1). Dans l'élargissement du divorce, ils soutiennent encore que le mariage doit être rompu là où l'on s'entend pour rompre un lien intolérable (p. 5). Et il est singulier de constater que le rapprochement et même l'identification du mariage avec un véritable contrat sont défendus par M. Viollette, qui reprend ainsi dans son rapport de 1907 une thèse bien démodée et qui forme d'ailleurs une pièce inutile dans l'échafaudage de l'argumentation en faveur du divorce par consentement mutuel.

M. Viollette invoque à cet égard certaines discussions de la période révolutionnaire, et notamment la thèse de Savoie-Rollin : « Le contrat a été formé par le mutuel consentement, mais sous la condition substantielle que les deux époux tiendraient ce qu'ils avaient promis de donner. Si l'un des époux ayant promis l'amour donne l'injure, ou, si, ayant promis la protection, il donne la violence morale ou physique, le contrat manque de base et il est rompu. Il pourra être rompu même malgré l'époux coupable. s'il y a cause déterminée ; mais, si l'un et

1. *Ibid.*, p. 104.

l'autre sont d'accord, aucune intervention des tribunaux n'est nécessaire. C'est l'application du droit commun. Si nous sommes d'accord pour résilier un contrat, il est rompu » (1).

Il n'est pas sérieusement contestable que la thèse de M. Viollette soit complètement erronée. Assurément l'idée de contrat a joué un certain rôle dans l'histoire du mariage. C'est à l'occasion du concile de Trente, 1545, 1563, qu'apparaît pour la première fois cette idée (2). La notion de contrat fut alors soulevée pour échapper à la conception du mariage religieux assimilé à un sacrement et aux règles impératives qui en dériveraient. C'était un moyen employé pour aboutir à une fin politique, et il ne s'agissait nullement de préciser les caractères juridiques du mariage (3). Il s'agissait en somme de libérer le mariage de la domination ecclésiastique, péril qui n'est plus à redouter aujourd'hui. Plus tard, la Révolution s'en servit pour accentuer l'opposition du mariage civil avec le sacrement religieux. Il ne s'agissait nullement d'édifier une conception touchant la nature du mariage, il

1. Rapport présenté par M. Viollette, p. 5.

2. Cf. Charles Lefebvre, Le mariage civil n'est-il qu'un contrat, *Nouvelle revue historique*, 1902, p. 300 et s.

3. Covillard, *Le mariage considéré comme un contrat dans l'histoire du droit français*, thèse, Paris, 1900.

fallait poser en principe le droit intangible de l'Etat à régler seul les formes et les conditions de validité de l'union conjugale. Seulement l'idée de contrat ne fut pas en 1792 intégralement acceptée, puisque l'organisation du consentement mutuel qu'on avait eu la prétention d'édifier sur une base contractuelle, fut paralysée dans son fonctionnement par une réglementation minutieuse.

Mais les controverses interminables soulevées par cette question du mariage considéré comme contrat doivent être aujourd'hui reléguées au rang d'une vaine scolastique juridique. Elle manque d'abord de fondement, puis, elle est inutile pour l'admission du divorce par consentement mutuel, car elle conduirait à l'accepter sans formalités ou à réduire celles-ci à un appareil surperflu. Comme le remarque très justement M. Chauveau, il doit y avoir une différence entre le mariage et les autres contrats, parce que le mariage engendre l'état et que l'état des personnes nous apparaît en principe comme étant irrévocable (1). Et, en effet, si le mariage est un contrat, il est banal de répéter qu'il n'est pas un contrat comme les autres ; en

1. Baudry et Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil* ; Des personnes, t. III, n° 6.

ce sens déjà se prononçait Portalis, qui présentait le mariage « comme le contrat le plus sacré et le plus inviolable et comme la plus sainte des institutions » (1). Le mariage, en même temps qu'il est un contrat, est un état : il suppose sans doute l'accord essentiel des volontés, mais il implique plus que cet accord, il crée un état qui est fixé par la loi et qui échappe, dès sa création, à la volonté des époux. Le mot *mariage*, enseigne M. Planiol, a deux sens. On s'en sert pour désigner tantôt la convention ou volonté de vivre ensemble, tantôt le genre de vie qui en résulte, pris dans ce second sens, le mariage n'est pas un contrat, mais un état (2).

Au Congrès international de la condition et du droit des femmes, l'idée de contrat a été très vivement prise à partie par M. Viviani (3). M. Tissier reconnaît aussi que « l'acte passé devant l'officier de l'état civil n'est pas un simple contrat civil et que la situation qu'il crée est réglée par la loi, qui, seule, fixe l'état des personnes, qui, seule, détermine les obligations juridiques qui en peuvent naître » (4).

1. *Exposé des motifs de la loi relative au mariage*, rapport au Tribunal du 23 ventôse, an XI.

2. *Traité de droit civil*, t. I^{er}, 5^e éd., n° 693.

3. *La Fronde*, n° du 10 sept. 1900.

4. *Bull. de la Soc. d'ét. légis.*, 1906, p. 122.

Mais à quoi bon insister sur cette question rebattue ? Même en partant de cette idée « contestée cependant et contestable en droit pur, que le mariage est un contrat, c'est en tout cas un contrat relatif à l'état des personnes et qui, dès lors, ne peut être soumis aux mêmes règles que le contrat du patrimoine (1). Mais, en allant plus loin, et en concédant à certains juristes retors que le mariage est un contrat, on n'avancerait pas d'un pas la solution de la question et on ne servirait pas la cause du consentement mutuel, car un contrat est toujours plus ou moins réglementé, et rien n'empêche le législateur de limiter d'une manière rigoureuse les causes de dissolution, de prescrire notamment l'accord réciproque. Le législateur, tout puissant dans l'organisation de ce qu'il croit être l'intérêt social, a le droit d'instituer des règles restrictives de la liberté des particuliers et même de supprimer celle-ci, lorsqu'il juge opportun de rendre tel ou tel contrat particulièrement stable. Donc la question du mariage contrat ne préjuge pas celle du divorce par consentement mutuel. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il est désirable que la dissolution du mariage ne soit prononcée que dans des cas exceptionnels, mais on peut

1. Ambroise Colin, *loc. cit.*, p. 359.

très bien comprendre le consentement mutuel, justifié d'ailleurs par une inimitié invincible et croissante, parmi les causes de rupture du lien conjugal.

D'ailleurs, le plus sérieux des arguments en faveur du consentement mutuel, c'est qu'il est admis déjà par la pratique et qu'en le consacrant, la loi se bornera à reconnaître une institution d'un usage quotidien et contre laquelle il ne paraît pas que les moralistes, pas plus que les législateurs, doivent s'élever. Comme le remarque M. Colin, ce qui doit déterminer en faveur du divorce par consentement mutuel, c'est qu'en fait nous le rencontrons à chaque pas autour de nous : « La loi qui le prohibe n'est qu'un trompe l'œil, et, lorsque deux conjoints sont d'accord pour divorcer, rien ne leur est plus facile ; parmi les moyens qui leur sont offerts, ils n'ont que l'embarras du choix » (nous avons indiqué par avance les recettes dont les époux désireux de briser l'union conjugale ont avantage de se servir). « Etant donné de telles pratiques, l'exclusion actuelle du divorce par consentement mutuel n'est plus qu'une hypocrisie légale. La faire disparaître, ce serait restituer à la loi une moralité et une dignité dont la dépouille un déplorable laisser aller » (1).

1. Ambroise Colin, *loc. cit.*, p. 560.

Écoutons maintenant la voix des adversaires du divorce par consentement mutuel : c'est d'abord la Société d'études législatives, dont la commission est « unanime à penser qu'une réaction s'impose dans l'application du divorce ; les tribunaux doivent se montrer plus rigoureux dans l'appréciation des demandes qui leur sont soumises. La loi ne doit pas se faire complice des mauvaises mœurs »(2). La commission estime que ce divorce ne peut être admis, si l'on veut laisser au mariage quelque stabilité. Elle pense que le divorce ne doit être prononcé que dans les cas prévus par la loi et après examen, par les juges, de la gravité des griefs. Enfin, l'un des derniers commentateurs du Code civil, M. Huc a reproduit dans son commentaire du Code civil des critiques déjà antérieurement formulées par lui : le divorce par consentement mutuel, serait, d'après cet auteur, le résultat de préoccupations aristocratiques absolument contraires aux mœurs de notre époque. Il considère que ce sera bien un moyen de se séparer sans bruit et, en quelque sorte, à huis clos, mais qui sera donné seulement aux époux mal mariés appartenant aux classes fortunées de la société.

2. Tissier, rapport précité, *Bull. de la Soc. d'ét. lég.*, p. 24.

En d'autres termes, ce mode de divorce serait employé surtout par ceux qui redoutent d'initier le public aux misères de leur intérieur, mais il ne serait pas à la portée de la grande masse du public et il conclut : « Nous estimons que chacun doit porter ostensiblement la responsabilité de ses actes ; tout ce qui ressemble au huis clos est antipathique aux mœurs modernes... et, en définitive, nous préférons un système qui rend les séparations plus difficiles à celui qui semble les provoquer à plaisir » (1).

En réalité, toutes ces protestations demeurent vaines en présence de l'évolution des idées et des mœurs ; il ne s'agit pas d'édifier ou de conserver une loi qui se rattache à une organisation sociale conçue *a priori*, qui sanctionne les principes d'une morale que ses promoteurs seraient désireux de voir adopter dans la vie réelle. La question est tout autre, toutes les critiques que nous venons de rapporter seraient fondées s'il suffisait d'abolir le consentement mutuel dans la loi pour le supprimer en même temps dans la vie quotidienne ; mais cette mesure, si elle rencontrait l'appui de quelques théoriciens, ne serait pas approuvée par les masses. Il est donc

1. Huc. *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, 2 vol Paris, 1868, t. I, p 83 et 84.

bien préférable de régulariser la pratique et de réglementer par un texte législatif ce qu'on ne peut aujourd'hui ni sérieusement surveiller ni efficacement proscrire.

On allèguera, sans doute, l'intérêt des enfants. Mais ce serait là une méprise, un argument dont M. Léon Renault a montré par avance l'inanité : « En organisant une procédure destinée à démontrer l'existence d'une cause péremptoire de divorce sans que l'époux qui l'invoque et celui qui en reconnaît la légitimité fussent forcés de la préciser et de la divulguer, le législateur a eu pour objet d'éviter le scandale qui rejaillit sur la famille entière et particulièrement sur les enfants. Chercher dans l'existence d'enfants mineurs un motif d'interdiction des divorces par consentement mutuel, c'est donc se mettre en contradiction avec le principe même qui légitime la procédure du divorce par consentement mutuel » (1). Il n'est pas contestable que les enfants ont un intérêt pressant à ce que la réputation et le nom de leurs parents, qui sont en même temps leur patrimoine, ne soient pas ternis par la révélation de certaines causes de divorce. L'accord réciproque de leurs auteurs permettra de les tenir secrètes. Puis, avec la procédure décrite dans la

1. *J. O.*, du 1^{er} février 1880, p. 4454.

proposition de M. Viollette, qui a la sagesse de conserver sur ce point la plupart des précautions déjà prises par le Code civil de 1804, le droit de garde, de visite, l'éducation et l'entretien des enfants, leurs relations réciproques avec leurs parents sont réglementés dans les meilleures conditions de prévoyance, puisque toutes ces difficultés auront été tranchées par une convention amiable entre les époux, au lieu d'être réglées un peu à l'aveugle par le tribunal. D'autre part, les garanties instituées seront suffisantes pour conserver au mariage la stabilité qui est sa condition propre d'existence et pour éviter des désunions qui ne seraient fondées que sur de vains et futiles motifs. D'ailleurs, « le mariage, même indissoluble, n'est pas un lien pour ceux qui veulent le rompre et dont les mœurs sont déréglées, et la liberté absolue n'est pas un obstacle à la fidélité et à la constance » (1).

Le législateur ne peut évidemment se flatter de parer à toutes les souffrances individuelles, mais il peut tout au moins, sans aller jusqu'à un désordre funeste, ne pas rester insensible aux lamentations de ceux qui gémissent sous le poids d'une union intolérable. Nous concluerons donc, que si, parmi les réformes projetées en

1. Coulon, *Le divorce par consentement mutuel*, 1902.

vue d'élargir le divorce, il en est de condamnables, le consentement mutuel ne nous paraît pas être au nombre de celles-là.

VU :

Le Président de la thèse,

ALBERT TISSIER.

VU :

Le Doyen,

CH. LYON-CAEN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIERES

BIBLIOGRAPHIE	Pages I
-------------------------	------------

PREMIÈRE PARTIE

Historique

CHAPITRE PREMIER. — <i>Le divorce dans les sociétés primitives</i>	4
II. — Le divorce en droit romain	3
III. — Le divorce dans les coutumes germaniques .	11
IV. — Le divorce et les religions	15
CHAPITRE II. — <i>Mouvement philosophique au XVIII^e siècle.</i>	22
CHAPITRE III. — <i>Le divorce sous la Révolution et avant le Code civil.</i>	28
§ 1. — Le divorce dans les législations européennes	28
§ 2. — Le divorce en France. La législation intermédiaire	31
CHAPITRE IV. — <i>Le divorce dans le Code civil de 1804.</i>	58
CHAPITRE V. — <i>Le divorce et la loi du 8 mai 1816.</i> . .	99
CHAPITRE VI. — <i>Le rétablissement du divorce</i> . . .	104
§ 1. — Premières tentatives de 1831, 1833, 1834, 1848, 1871	104
§ 2. — La campagne de M. Naquet. La loi de 1884	113

DEUXIÈME PARTIE

Le divorce par consentement mutuel en droit comparé

<i>Section I. — Législations qui n'admettent pas le consentement mutuel parmi les causes de divorce ou de séparation de corps.</i>	138
<i>Section II. — Législations qui admettent le consentement mutuel parmi les causes de divorce ou de séparation de corps.</i>	147
§ 1. — Législations qui n'admettent que la séparation de corps	147
§ 2. — Législations qui admettent le divorce et la séparation de corps.	150

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — <i>L'interprétation jurisprudentielle des causes de divorce admises en 1884</i>	167
CHAPITRE II. — <i>Le divorce et l'opinion.</i>	181
I. — Les propositions de lois extraparlémentaires relatives au divorce par consentement mutuel	181
Projet de MM. Paul et Victor Margueritte	183
Projet de M. Coulon	186
Projet de M. Magnaud	188
II. — Socialisme et divorce	189
III. — Les travaux législatifs	193
Proposition de loi de M. Morlot.	194
Proposition de loi de M. L. Martin.	196
Proposition de la Commission nommée pour examiner le projet L. Martin. Rapport de M. Viollette	198
CONCLUSION. — <i>Nécessité d'admettre le divorce par consentement mutuel</i>	216

